

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE – UNESC
CURSO DE DIREITO

HÉRICA FELISBERTO

**EXTENSÃO DOS DIREITOS DE SALÁRIO E LICENÇA MATERNIDADE AOS
HOMENS ADOTANTES EM UNIÃO HOMOAFETIVA À LUZ DO PRINCÍPIO DO
MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: ESTUDO A PARTIR
DA ADPF 132 E DA ADI 4277.**

CRICIÚMA
2015

HÉRICA FELISBERTO

**EXTENSÃO DOS DIREITOS DE SALÁRIO E LICENÇA MATERNIDADE AOS
HOMENS ADOTANTES EM UNIÃO HOMOAFETIVA À LUZ DO PRINCÍPIO DO
MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: ESTUDO A PARTIR
DA ADPF 132 E DA ADI 4277.**

Trabalho de conclusão de curso apresentado
para obtenção do grau de graduação no curso
de direito da Universidade do Extremo Sul
Catarinense – UNESC.

**Orientadora: Professora Gabriele Dutra
Bernardes Ongaratto**

**CRICIÚMA
2015**

HÉRICA FELISBERTO

**EXTENSÃO DOS DIREITOS DE SALÁRIO E LICENÇA MATERNIDADE AOS
HOMENS ADOTANTES EM UNIÃO HOMOAFETIVA À LUZ DO PRINCÍPIO DO
MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: ESTUDO A PARTIR
DA ADPF 132 E DA ADI 4277.**

Trabalho de Conclusão de Curso
aprovado pela Banca Examinadora para
obtenção do Grau de Bacharel no Curso de
Direito da Universidade do Extremo Sul
Catarinense, UNESC, com Linha de Pesquisa
em Direito do Trabalho, Direito Constitucional e
Direito Civil.

Criciúma, 02 de julho de 2015.

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Gabriele Dutra Bernardes Ongaratto – Especialista – UNESC – Orientadora

Prof^a. Renise Melillo- Especialista - UNESC

Prof^a. Fernanda Lima –Mestre - UNESC

RESUMO

O presente trabalho busca analisar a aplicação de princípios constitucionais nos casos de extensão de licença maternidade para os casais de homens em relação homoafetiva que adota uma criança. Vem demonstrar que, apesar do benefício da licença maternidade estar atrelado à figura materna, é plenamente possível estender esse direito a um homem, tendo em vista a sua capacidade de ser a figura materna necessária à criança. Mas, que, apesar disso, tal benefício ainda não é concedido aos casais em questão da mesma maneira como é concedido às mulheres que adotam. E, em virtude disso, necessitam buscar o Judiciário para resolver a situação. Para tanto, analisaremos princípios, a própria constituição e a legislação pertinente para verificar a possibilidade da extensão do referido benefício a tais casais.

Palavras chave: Licença maternidade. União homoafetiva. Adoção. Melhor Interesse da Criança e do Adolescente. Dignidade da Pessoa Humana.

ABSTRACT

This paper analyzes the application of constitutional principles in cases of maternity leave extension for couples of men in homosexual relationship that adopts a child. It demonstrates that despite the benefit of maternity leave be linked to maternal figure, it is fully possible to extend this right to a man, with a view to its ability to be a mother figure required for the child. But that, nevertheless, such a benefit is not granted to couples in question in the same way as is given to women who adopt. And because of that, they need to get the judiciary to resolve the situation. We will analyze principles, the constitution and relevant legislation to check the possibility of extension of that enjoyment to such couples.

Keywords: Maternity leave. Gay marriage. Adoption. Best Interest of the Child and Adolescent. Human Dignity.

LISTA DE ABREVIATURAS

CC	Código Civil
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
Art.	Artigo

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 ADOÇÃO	9
2.1 HISTÓRICO E CONCEITO	9
2.2 ESPÉCIES	14
2.3 CARACTERÍSTICAS.....	15
2.3.1 Amparo Legal	15
2.3.2 Requisitos	15
2.3.3 Efeitos jurídicos	19
2.4 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA ADOÇÃO.....	22
2.4.1 Princípio da Responsabilidade Tríplice Compartilhada.....	23
2.4.2 Princípio da Prioridade Absoluta	25
2.4.3 Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente	27
3 UNIÃO HOMOAFETIVA	30
3.1 ADPF 132 E ADI 4277: RECONHECIMENTO DE ENTIDADE FAMILIAR.....	38
3.2 ADOÇÃO POR CASAL HOMOAFETIVO	44
4 LICENÇA E SALÁRIO-MATERNIDADE	46
4.1 FAMÍLIA: CONCEITO ANTIGO E NOVA CONCEPÇÃO	52
4.3 POSSÍVEIS SOLUÇÕES À LACUNA JURÍDICA QUANTO A EXTENSÃO DE LICENÇA MATERNIDADE AO CASAL DE HOMENS ADOTANTE	58
5 CONCLUSÃO	63
REFERÊNCIAS.....	65

1 INTRODUÇÃO

A fila para adotar uma criança no Brasil é grande e anda lentamente. É contraditório falar isso sabendo que a fila para adotar é superior à fila de crianças a espera de um lar. Ainda, o perfil de quem está na fila aguardando para adotar é, em maioria, diverso de quem está aguardando um lar. Isso cria um obstáculo para a adoção, tendo em vista que o brasileiro opta por crianças com o perfil semelhante ao dele.

A adoção é a transferência dos direitos e obrigações pertencentes aos pais biológicos para casais, pessoas ou famílias que substituam a família de origem ou biológica, quando esta não pode, não consegue ou não quer cuidar de um filho.

Segundo o artigo 42, § 2º da Lei 8069 de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para a adoção em conjunto é necessário casamento civil ou união estável entre os adotantes. E tendo em vista o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277, é possível afirmar que um casal homoafetivo de homens possa adotar, pois esses julgamentos conferem caráter familiar à união homoafetiva.

A falta de filhos biológicos, na maioria dos casos, é o motivo principal que leva à adoção. Logo, tendo em vista a impossibilidade biológica de reprodução de casais homoafetivos, esses seriam os mais prováveis a procurar a adoção como meio de ter filhos. Podendo estar na fila para adoção como estão os casais heteroafetivos, os casais homoafetivos, além de estarem cumprindo o Princípio da Igualdade, diminuem os obstáculos entre a criança ou adolescente abrigado para adoção e a família adotante.

Com isso, esta monografia pretende pesquisar sobre a aplicação dos direitos de salário e licença maternidade nesse tipo de adoção (por casal de homens), tendo em vista o que determina a Constituição Federal, em seu artigo 5º que impõe a igualdade a todos, além de outros dispositivos que conferem ao indivíduo direitos como liberdade, direito de ter uma família, entre outros.

A relevância social da presente pesquisa é estudar a aplicação de princípios basilares, de preceitos fundamentais do ordenamento jurídico. Nesse

sentido, faz-se necessário analisar de que forma está se garantindo a aplicação desses princípios, concedendo ou não os direitos de salário e licença maternidade ao casal de homens adotante, tendo em vista se tratar de grupo de minoria no Brasil e ainda, ser uma discussão nova, que merece a atenção do Direito.

2 ADOÇÃO

"A adoção é gesto de amor, do mais puro afeto" (FARIAS, 2014, p. 933).

E mais:

[...] adotar um filho é um ato de parir pelo coração. [...] vem um encanto infinito, próprio de Deus, e a obrigação de que aquela criança haverá de se tornar um ser humano livre, forte, trabalhador e honesto. Ser biologicamente pai é uma grande bobagem, não vale nada... Pai é debruçar carinho e responsabilidade sobre quem chama de filho, e sempre foi assim... por isso Deus nos chama de filhos (LOPES, *apud* FARIAS, 2014, p. 934).

Adoção é, portanto, um passo de humanidade.

2.1 HISTÓRICO E CONCEITO

Nas palavras de Gagliano: "Em verdade, a evolução experimentada pela filiação adotiva, guindada, por justiça, a um âmbito de dignidade constitucional, confunde-se com a evolução do próprio Direito de Família Brasileiro" (2013, p. 663). Com isso, se percebe a ligação umbilical entre o instituto em análise e o próprio direito de família. Monteiro (2012, p. 472) demonstra como se davam as formas de adoção em Roma: "no direito romano o instituto da adoção tinha sua origem mais remota no dever de perpetuar o culto doméstico." O que vemos hoje, ou melhor, tudo o que vemos, fazemos, falamos, enfim, tudo, foi diferente um dia. Não obstante, para Rizzardo, "encontra a adoção sua origem mais remota em épocas anteriores ao direito romano com a finalidade de perpetuar o culto dos antepassados. Assim era entre os egípcios e os hebreus" (2011, p. 459). Diferente é o objetivo do instituto nos dias de hoje.

Monteiro (2012, p. 472) conta como era esse instituto tão comum nos dias de hoje, quando em Roma:

A mesma religião que obrigava o homem a casar, que concedia o divórcio no caso de esterilidade e que por morte prematura, ou impotência, substituía o marido por um parente, oferecia ainda à família último recurso para escapar à desgraça tão temida da extinção. Esse recurso era o direito de adotar.

Completando o pensamento "foi em Roma, no entanto, onde mais se desenvolveu o instituto, com a finalidade primeira de proporcionar prole civil àqueles que não tinham filhos consanguíneos" (RIZZARDO, 2011, p. 459).

Havia em Roma dois tipos de adoção:

Em Roma havia duas formas de adoção, a *adrogatio* e a adoção propriamente dita. Pela primeira (*arrogatio*), adotavam-se pessoas *sui juris* e todos os seus dependentes. Exigia o ato efetiva intervenção do Poder Público. Além do consentimento do adotante e do adotado, tornava-se mister que o povo, especialmente convocado pelo pontífice, anuísse também. Pela segunda (*datio in adoptionem*), adotavam-se apenas alieni juris. O povo era substituído pelo magistrado, perante quem se processava cerimonial complicado, abrangendo, primeiro, a extinção do pátrio poder do pai natural e, depois, num segundo tempo, sua transferência para o adotante. Conhecia-se ainda terceira forma, a adoção testamentária (MONTEIRO, 2012, p. 472 e 473).

Entretanto, o instituto foi quase extinto pelo desuso durante a Idade Média, tendo em vista que perdera a base religiosa (MONTEIRO, 2012, p. 473). O mesmo autor pondera que "Ao Código Civil francês coube retirá-la do esquecimento, talvez por inspiração do próprio Napoleão, com os olhos já voltados para a sua sucessão. Desse Código a adoção irradiou-se para quase todas as legislações modernas" (MONTEIRO, 2012, p. 473). Percebe-se que nesse momento da história o instituto ganhou força, posto que se espalhou para outros Estados. Monteiro diferencia a finalidade do instituto da adoção no passado e no presente:

Enquanto no passado a adoção tinha em vista atribuir prole ao casal que não podia ter filhos, satisfazendo seus anseios pessoais e sociais, já que a finalidade do casamento naquela época era o nascimento de filhos e sua criação, atualmente a adoção tem como objetivo principal a proteção de crianças e adolescentes em situação de abandono inclusive porque a finalidade do casamento nos dias de hoje é a realização pessoal ou felicidade, nem sempre atrelada à existência de filiação (MONTEIRO, 2012, p. 474).

Com isso, conclui-se que a adoção se desenvolveu muito com o decorrer do tempo e da história, transformando o seu objetivo, atribuindo um caráter social. Segundo Rizzardo (2011, p. 457):

Dada grande evolução verificada nas últimas décadas sobre o assunto, concebe-se atualmente a definição mais no sentido natural, isto é, dirigido a conseguir um lar a crianças necessitadas e abandonadas em face de circunstâncias várias, como a orfandade, a extrema pobreza, o desinteresse dos pais sanguíneos, e toda a sorte de desajustes sociais que desencadeiam o dismantelamento da família. Objetiva o instituto outorgar a crianças e adolescentes desprovidos de famílias ajustadas um ambiente de convivência comunitária, sob a direção de pessoas capazes de satisfazer ou atender os reclamos materiais, afetivos e sociais que um ser humano necessita para se desenvolver dentro da normalidade comum.

Rizzardo, ao citar Hugo Nigro Mazzilli, nos informa sobre outros tempos, em que era difícil a aplicação da adoção:

Com as excessivas exigências originariamente previstas no Código Civil de 1916, estava fadada a ser instituto sem a penetração esperada (somente o maior de cinquenta anos, sem descendentes legítimos ou legitimados, poderia adotar e, desde que fosse pelo menos dezoito anos mais velho do que o adotado, conforme arts. 368 e segs.) (MAZZILLI, *apud* RIZZARDO et al., 2011).

Rizzardo continua o pensamento, informando sobre mudanças advindas com Lei 3.133 de 08/05/1957 "quando a idade para adotar diminuiu para trinta anos, estabelecendo-se, outrossim, uma diferença de idade entre o adotante e o adotado de dezesseis anos" (2011, p. 460). Ainda, tornou-se possível, nessa etapa da história a adoção, mesmo tendo, o adotante, filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, apesar de não serem reconhecidos direitos sucessórios aos adotados e, no caso dos adotantes serem casados, a adoção só seria possível após cinco anos de casamento, prazo que seria dispensado caso apresentada prova de esterilidade de pelo menos um dos integrantes do casal (RIZZARDO, 2011).

Rizzardo (2011) informa que a Lei 4.655 de 02/06/1965 trouxe tratamento mais igualitário entre filho adotivo e filho sanguíneo, não sendo tal Lei, entretanto, praticada, devido a burocracia impregnada. Ainda, segundo Rizzardo (2011) a Lei 6.697 de 10/10/1979 (Código de Menores) trouxe novas diretrizes, admitindo, além da adoção do Código Civil, uma adoção simples, que seria possível através de uma decisão judicial e aplicável a menores em situação irregular e, ainda, a adoção plena. Nessa época, admitia-se adoção por escritura pública, apesar de ser esta dispensável, e, ainda, "exigia-se um estágio de convivência do menor com o

adotante, em um prazo fixado pelo juiz, no mínimo de um ano, exceto se a criança contasse com menos de um ano de idade" (RIZZARDO, 2011, p. 461).

Referente a supra mencionada adoção plena, nos traz as seguintes informações Rizzardo:

Tinha grande significado a filiação advinda da sentença de concessão de adoção plena. Inscrevia-se no Registro Civil, mediante mandado, uma nova situação: simplesmente ficava sem efeito o registro anterior. Colocavam-se os nomes dos pais adotivos e dos novos avós, tanto paternos como maternos. Os nomes dos adotantes eram opostos ao prenome do menor. Inclusive o prenome poderia ser mudado. Cancelava-se o registro anterior. No registro nenhuma referência fazia-se à adoção. As certidões expedidas, da mesma forma, não trariam qualquer menção à mesma. Tornava-se irrevogável a adoção plena, sem poder determinar alguma repercussão o fato dos filhos que possuíssem ou viessem a possuir os adotantes. Os mesmo direitos e deveres eram iguais para os adotados e os filhos de sangue. (2011, p. 461 e 462).

Noutra época "superando períodos poucos saudosos, marcados pela discriminação e preconceito, a Constituição da República, nos arts. 226 a 230, consagrou proteção isonômica aos filhos, afastando todo e qual (odioso) tratamento discriminatório" (FARIAS, 2014, p. 931). Em 1990, com a Lei 8.069, o Estatuto da Criança e do Adolescente revogou o Código de Menores, unificando as duas formas de adoção (RIZZARDO, 2011). Então, "a filiação, enfim, passou a ser única, podendo ser estabelecida por diferentes formas. E a adoção é um dos variados mecanismos de determinação filiatória, baseada no afeto e na dignidade, inserindo o adotando em novo núcleo familiar" (FARIAS, 2014, p. 932).

A principal preocupação dos seres vivos é a continuidade da espécie, "Na verdade, está ínsito na índole humana, ou nasce com a própria natureza do homem, a tendência de se perpetuar a pessoa através dos filhos, o que representa um modo de afastar aparentemente a ideia da própria finitude no tempo" (RIZZARDO, 2011, p. 457).

Apesar do caráter natural do instituto, qual seja, a perpetuação da espécie, "Hodiernamente, a adoção tem tomado novos contornos, visando mais aos interesses das crianças e adolescentes, orientando-se pelas reais vantagens advindas desse laço criado juridicamente" (RIZZARDO, 2009, p. 545). Guelfi trata desse lado da adoção, qual seja, o seu caráter social:

A adoção é instituto admirável, pois é a aceitação de um estranho em um seio familiar já formado. Negar a adoção a uma pessoa pelo simples fato dela ser considerada diferente dos padrões normais estabelecidos pela sociedade, é um ato de discriminação. A constituição federal proíbe tal ato e elenca em seu art. 3º objetivos fundamentais como a construção de uma sociedade mais justa e solidária, bem como promover o bem estar de todos sem preconceito de raça, cor, sexo, idade ou qualquer outra forma de discriminação (GUELFI, 2011, p. 24).

Ainda, Farias fala sobre a transformação do objetivo da adoção: "Desaparece, pois, a falsa ideia da adoção como um remédio destinado a dar um filho para quem, biologicamente, não conseguiu procriar. Não se trata de uma solução para a esterilidade ou para a solidão" (FARIAS, 2014, p. 933). E mais:

Por certo, a adoção se apresenta como muito mais do que, simplesmente, suprir uma lacuna deixada pela Biologia. É a materialização de uma relação filiatória estabelecida pela convivência, pelo carinho, pelos conselhos, pela presença afetiva, pelos ensinamentos..., enfim, pelo amor (FARIAS, 2014, p. 933).

Com isso, é possível enxergar que, nos dias contemporâneos, a adoção ultrapassou a função de somente preencher um vazio causado pela natureza, tomando ângulos sociais, que visam muito mais o interesse do adotando do que do próprio adotante.

Farias, ao falar sobre o instituto da adoção, mais parece alguém que fala por experiência, pois ao citar João Baptista Villela, lembrou de Cristo:

[...] somente ao pai adotivo é dada a faculdade de um dia poder repetir aos seus filhos o que Cristo disse aos apóstolos: "não fostes vós que me escolhestes, mas fui eu que vos escolhi a vós". Suprema expressão da autonomia paterna que liberta, gratifica e faz crescer quem a pode manifestar e quem a pode ouvir. Seja dito, a propósito, que o ideal no Novo Testamento é, sobretudo, eletivo (1997 *apud* FARIAS et al., 2014).

Nas palavras de Gagliano: "o fato é que, ser pai ou mãe não é simplesmente gerar, procriar, mas, sim, indiscutivelmente, criar, cuidar, dedicar amor" (GAGLIANO, 2013, p. 663). Inclusive, se despende muito mais de tempo, atenção, paciência, enfim, um rol extenso, para tornar uma criança num ser humano bem desenvolvido, do que para simplesmente trazer um ser humano a este mundo.

Tentando conceituar a adoção, Gomes afirma que "trata-se de ficção legal, que permite a constituição, entre duas pessoas, do laço de parentesco do

primeiro grau na linha reta" (GOMES, 2001, *apud* FARIAS et al., 2014). Frisa-se aqui, o fato de que a adoção é um instituto consagrado pela Constituição, lei maior no ordenamento jurídico brasileiro. Farias também faz sua bem sucedida tentativa:

Trata-se de mecanismo de determinação de uma relação jurídica filiatória, através do **critério socioafetivo**, fundamentado no afeto, na ética e na dignidade das pessoas envolvidas, inserindo uma pessoa humana em família substituta, de acordo com o seu melhor interesse e a sua proteção integral, com a chancela do Poder Judiciário. (FARIAS, 2014, p. 934, grifo nosso).

Com tudo isso, percebe-se o caráter humanizado que o instituto da adoção alcançou, que tomou o foco do adotando no lugar do adotante e seus interesses pessoais. Como se pode observar e segundo expõe Farias "[...]a adoção está assentada na ideia de se oportunizar a uma pessoa humana a inserção em núcleo familiar, com a sua integração efetiva e plena, de modo a assegurar a sua dignidade [...]" (2014, p. 933). Ainda, o mesmo autor nos informa que "o elemento definidor e determinante da paternidade [...] não é o biológico, pois não é raro o genitor não assumir o filho. Por isso é que se diz que todo pai deve adotar o filho biológico, pois só o será se assim o desejar, ou seja, se de fato o adotar" (FARIAS, 2014, p. 933). Ou nas palavras de Gagliano: "grande passo uma sociedade dá quando verifica que a relação paterno-filial é muito mais profunda do que o vínculo de sangue ou a mera marca genética" (GAGLIANO, 2013, p. 663).

2.2 ESPÉCIES

Existe na legislação brasileira a adoção de menores de dezoito anos, a adoção de maiores de dezoito. Dentro dessas divisões se encontra ainda, a adoção *post mortem*¹ (art. 42, §6º do ECA), a adoção de nascitura (embora não versada na legislação brasileira) e a adoção internacional (versada nos artigos 51 a 52-A do ECA). Entretanto, diante da amplitude do tema, o estudo será limitado à adoção de menores de dezoito anos.

¹ Após a morte

2.3 CARACTERÍSTICAS

2.3.1 Amparo Legal

A adoção de criança e adolescente, embora versada brevemente no Código Civil, está disciplinada no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990) , mais especificamente, entre o artigo 39 e o 52-D. Conforme nos lembra Farias, ainda que expressa em lei, a adoção depende de intervenção judiciária (2012), ou nas palavras do autor: "com o novo sistema [...] toda e qualquer adoção, inclusive a de pessoas plenamente capazes, exige sempre uma decisão judicial, proferida em procedimento que tramitará na vara da infância e juventude [...] ou na vara da família [...], com a intervenção do Ministério Público" (FARIAS, 2012, p. 936).

2.3.2 Requisitos

Conforme a classificação proposta por Bordallo os requisitos para adotar são: idade mínima de 18 anos, estabilidade familiar (se casado ou se vive em união estável), diferença de 16 anos em relação à pessoa adotada, o consentimento dos pais biológicos ou representante legal (exceto nos casos em que se desconhece as figuras de pai ou mãe ou, quando haja destituição do poder familiar), e por fim, a manifestação de vontade do adotando, se possível. (2010, *apud* CUSTÓDIO et al., 2012), Todos esses requisitos são apresentados pelo ECA.

Segundo o artigo 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente, "podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil" (BRASIL, 2014b). Ainda, segundo o parágrafo 1º do mesmo artigo "Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando" (BRASIL, 2014b). Referente à essa última vedação, esclarece-nos Gagliano:

Uma criança ou adolescente pode ser posto sob a tutela ou a guarda de uma ascendente seu ou até mesmo de um parente colateral, as essas pessoas, dados o grau de proximidade parental já existente - inclusive em face do pai ou da mãe biológica do menor - não poderão adotar, como dito. Expliquemos o porquê. Imagine o caso, por exemplo, de os pais de uma criança de 5 anos falecerem e o seu irmão mais velho pretender adotá-la, Passaria a ser seu pai? Tal providência não seria possível, embora, vale frisar, o amor e o cuidado dispensados ao pequenino possam justificar a designação da tutela ou da guarda. (2012, p. 670).

Mesmo o ECA permitindo a adoção independentemente de estado civil do adotante, "para a adoção conjunta [...] é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade familiar" (GAGLIANO, 2013, p. 670). O referido autor nos explica a necessidade do requisito estabilidade familiar:

A estabilidade da família, a ambiência onde o adotado será criado - elementos que podem ser colhidos, não apenas mediante depoimentos testemunhais, mas também por meio de relatório ou estudo social - são fundamentais para que o juiz possa, com segurança, deferir a adoção, na perspectiva da proteção integral da criança e do adolescente (GAGLIANO, 2013, p. 670).

Referente à diferença de idade, estabelece o parágrafo terceiro do artigo 42 do ECA: "o adotante há de ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho do que o adotando" (BRASIL, 2014b). Há uma explicação racional para isso, e encontra-se uma versão de tal explicação nas palavras de Rizzardo:

Parece óbvio que o limite de dezoito anos não é suficiente para o adotante ter consciência plena de seu ato, embora atingida a maioridade. É que maioridade não significa maturidade. Nem condições psíquicas, emocionais e econômicas a maioria das pessoas revela na fase da vida (2011, p. 466).

Parece se apresentar estranho o requisito do consentimento dos pais biológicos ou representante legal, mas, há uma explicação sobre o referido requisito, segundo palavras de Farias:

Por isso, exige-se o consentimento dos pais ou representantes legais do adotando, em face da própria ruptura definitiva do parentesco que decorrerá do trânsito em julgado da sentença de adoção. Sem o consentimento expresso dos pais biológicos do adotando, portanto, restará inviabilizada a adoção. Aliás, a sua natureza personalíssima e exclusiva obsta, inclusive, que se suponha o consentimento de um pai pela manifestação do outro, exigindo-se declaração de vontade de ambos. Por igual, impede, ainda, o suprimento judicial do consentimento. Mesmo que se trate de menor sob a guarda (inclusive judicial) de um dos pais, ou mesmo sob a guarda de terceiro, será imprescindível o consentimento dos genitores, que não estão afastados do exercício do poder familiar, nesse caso. (FARIAS, 2014, p. 937).

Ou então, nas palavras de Gagliano:

Nesse contexto, observamos ainda que, para a efetivação da adoção, é relevante também o sentimento dos pais ou do representante do adotando (art. 45, ECA), quando for possível. Ou seja, a manifestação prévia não se afigura viável se os pais forem desconhecidos, estiverem em local incerto e não sabido - caso em que é importante a citação por edital, nomeando-se curador - ou destituídos do poder familiar. (2013, p. 673).

Entretanto, ao se tratar de família monoparental (no caso, se o adotando estiver registrado somente em nome do pai ou da mãe), o consentimento de quem constar no registro já bastará (FARIAS, 2014, p. 938).

De qualquer maneira pode ser manifestado esse consentimento dos pais ou representantes legais, sendo necessário, entretanto, a ratificação perante o Juiz e Ministério Público. Da mesma forma, é possível por qualquer meio a sua retratação, desde que se faça antes da publicação da sentença da adoção (FARIAS, 2014, p. 938).

Farias, abordando de forma profunda sobre o requisito do consentimento, traz à tona a possibilidade de recusa de consentimento por parte dos pais ou responsáveis, trazendo, concomitantemente, a solução:

[...] percebe-se que, havendo recusa dos pais (ou, pelo menos, de um deles) em consentir a adoção de seu filho, a inserção em família substituta restará inviabilizada. Nesse caso, para que seja possível a adoção, o caminho será a destituição do poder familiar, através de procedimento judicial, assegurado o devido processo legal, com ampla defesa e contraditório. Caso a recusa aos consentimento ocorra no curso do procedimento judicial de adoção, poderá o juiz suspender o andamento do feito até que seja proferida decisão na ação de destituição do poder familiar (FARIAS, 2014, p. 939).

Sobre a manifestação de vontade do adotando, continua Farias seu raciocínio:

Por absoluta lógica, também é exigida a concordância expressa da pessoa que se pretende adotar, se mais de doze anos de idade (ECA, art. 45, § 2º). Trata-se de exceção à regra geral da capacidade civil, fixada em dezoito anos (CC, art. 5º). Quando se tratar de adotando com idade inferior, apesar de não exigido o seu consentimento, sempre que possível ele será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado o seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida (ECA, art. 28, § 1º) (FARIAS, 2014. p. 938).

Explica Gagliano sobre o consentimento do adotando, nas seguintes palavras: "sempre que possível, deverá o juiz ouvir o incapaz em demandas que versem sobre interesse existencial seu, ainda que sua manifestação não seja vinculativa do juízo decisório do julgador" (2013, p. 674).

No que se refere ao consentimento do adotante, parece óbvio, mas, nas palavras de Gagliano: "ao ingressar com o pedido, o adotante já expressa o seu próprio consentimento" (2013, p. 673). O autor cumpre lembrar, ainda, que é digno de recomendação que o magistrado, antes de proferir a sentença de adoção, instrua o adotante sobre a carga de responsabilidade que traz consigo o ato que deseja realizar (Gagliano, 2014).

Ainda, referente aos requisitos e segundo Bordallo:

Afora isso, sempre devem ser considerados os reais benefícios para o adotando, entendendo-se por interesses deste o direito a uma família que possa lhe proporcionar atenção, carinho e cuidados, estabelecendo um vínculo familiar estruturado com base na afetividade, sendo, sem dúvida, a condição mais importante e subjetiva, restando ao juiz convencionar o que é melhor para as partes (BORDALLO, 2010 *apud* CUSTÓDIO et al., 2012).

Completando a ideia, segundo Enézio de Deus Silva Júnior, há que se considerar elementos outros, que fogem da objetividade:

O que deve ser considerado é que o ambiente que vai acolher o adotado seja adequado, emocional e materialmente equilibrado, existindo reais vantagens e benefícios à criança ou ao adolescente. E para isso basta que sejam seres humanos realmente motivados e preparados para a maternidade/paternidade (SILVA JÚNIOR, 2006, p. 149).

Em letra, dispositivo do ECA que se refere ao assunto: "Art. 43. A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos" (BRASIL, 2014b).

2.3.3 Efeitos jurídicos

Como já informado anteriormente, a adoção se dá por meio de ação judicial, através de sentença prolatada por magistrado do Poder Judiciário. Nas palavras de Gagliano:

Interessante, nesse ponto, notar que, se, por um lado, a sentença proferida em sede de ação investigatória de paternidade é declaratória da relação paterno filial, a que for prolatada em procedimento de adoção, é de fato, desconstitutiva do vínculo natural anterior e constitutiva do novo vínculo que se forma (GAGLIANO, 2013, p. 676).

Mesmo parecendo óbvio, é importante ressaltar que, para que seja deferida a sentença da adoção, é necessário desvincular o adotado da família anterior. Portanto, há na sentença de adoção, um caráter ambivalente, ou seja, a sentença desconstitui e constitui poder familiar.

Conforme o parágrafo 6º do artigo 227 da Constituição Federal, é certo que "Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação" (BRASIL, 2014a).

Em harmonia com tal dispositivo da Constituição Federal do Brasil, esclarece o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 41, que "A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais" (BRASIL, 2014b).

Igualdade é a palavra de ordem que se extrai dos supra mencionados dispositivos legais, posto que o adotado não se difere em coisa alguma do filho biológico. É proteção constitucional e legal de forma a tentar excluir qualquer preconceito em relação a filhos adotivos. Ou então, segundo Gagliano, "A adoção atribui ao adotado a condição de filho, para todos os efeitos de direito, pessoais e

patrimoniais, inclusive sucessórios, em regime de absoluta isonomia em face dos filhos biológicos, desligando-o dos seus pais naturais [...]" (2013, p. 674).

Outro efeito é a extinção do vínculo entre o adotado e a família biológica. "Desaparecem todas as ligações com a família natural. Todos os liames com a família original são esquecidos e apagados (RIZZARDO, 2011, p. 521). O autor continua sua explicação:

O parentesco passa a ser o da adoção, ou seja, os parentes do adotado serão os dos pais adotantes. Remanesce apenas uma única vinculação e que é mais de ordem moral, relativa aos impedimentos para o casamento, no regime do Código anterior denominados dirimentes, discriminados no art. 1.521 do Código Civil atual, [...], os quais tornam o casamento nulo. (RIZZARDO, 2011, p. 521).

Esse efeito é umbilicalmente ligado ao efeito da desconstituição do poder familiar anterior ao da adoção, que não necessariamente seja a família biológica, pois, mesmo transitada em julgado a sentença de adoção, pode o juiz, por meio de outra ação judicial, desconstituir o poder familiar da família adotante.

Efeito diverso se refere ao nome, que o artigo 47, parágrafo 5º do ECA estabelece que "A sentença conferirá ao adotado o nome do adotante e, a pedido de qualquer deles, poderá determinar a modificação do prenome" (BRASIL, 2014b). Em relação ao prenome, dispõe o parágrafo 6º do referido artigo que "Caso a modificação de prenome seja requerida pelo adotante, é obrigatória a oitiva do adotando, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 28 desta Lei" (BRASIL, 2014b).

Muito importante é a possibilidade da alteração do nome, para que desvincule, também nesse ponto, o adotando da família anterior e, ao mesmo tempo, vincule à família adotiva.

Poder parecer óbvio, mas é concedida aos adotantes a guarda do adotado e, ainda, é responsabilidade dos adotantes a prestação de alimentos. Ocorre, conforme o caso, o direito de visita, em caso de separação ou divórcio (RIZZARDO, 2011).

Outro efeito da adoção é que o instituto é irrevogável e não se extingue, nem com a morte dos adotantes, embora possa ocorrer desconstituição do poder familiar, como já mencionado anteriormente. Entretanto, pode ocorrer a inexistência,

a nulidade ou a anulabilidade da adoção (RIZZARDO, 2011). Rizzardo informa sobre a inexistência da adoção, nestas palavras:

É inexistente a adoção: a) se não existir a pessoa que se quis adotar, ou já estiver falecida na data do ato; b) quando não existir, ou na data do ato já estiver morto o pretendido a adotante; c) se não consentiu o adotado, ou, se absolutamente incapaz, não o representou o pai, tutor ou curador (2011, p. 487).

Rizzardo continua, informando que "acrescentam-se mais hipóteses: ausência de formalidade essencial e falta de objeto, ou condições da pessoa em adotar" (2011, p. 487). E explica:

Quanto à ausência de formalidade essencial, sabe-se que somente por sentença do juiz, proferida no devido processo legal, é aceita a adoção. [...] Atualmente, não se procede a adoção através de escritura pública, e muito menos por meio de testamento, ou escrito particular, ou mera averbação no registro civil. É necessário que, mesmo que o adotante declare que tem por seu filho a pessoa adotada, e que esta confirme a proclamação, o processamento judicial, através de rito previsto na Lei nº 8.069. Quanto ao objeto, a adoção objetiva a transferência da filiação e do poder familiar de uma pessoa para outra. Não podendo o adotante assumir o poder familiar, em razão de ser uma pessoa incapaz ou ter sido declarado ausente, ou interditado, não há a figura em exame. De igual modo, quando não se processa a transferência do poder familiar. Assim, não se permite ao pai adotar o próprio filho, seja ele natural ou reconhecido por sentença irrecorrível. Não emerge qualquer efeito do ato, posto que o pai já tinha o poder familiar ao assinar a adoção (RIZZARDO, 2011, p. 487).

Tendo em vista tais fatores, registra-se que é indispensável a decisão judicial. Mas, mesmo havendo tal decisão, essa será nula se for proferida em desacordo com as exigências legais essenciais (RIZZARDO, 2011). Tais exigências tratam-se, por exemplo, dos requisitos legais para adoção, como idade mínima de dezoito anos do adotante, diferença de dezesseis anos entre adotado e adotante, etc. E será anulável, se a decisão que decretar a adoção se der de forma a infringir dispositivos legais que visam à regularidade do ato (RIZZARDO, 2011). Rizzardo nos apresenta hipóteses mais frequentes de anulação:

- a) Falta de consentimento dos pais, ou do tutor, ou curador, no ato da adoção, sendo o adotado relativamente capaz.
- b) Não prestação de contas, pelo tutor ou curador, antes de um ou outro adotar o tutelado ou curatelado.
- c) Não assentimento do menor relativamente capaz.
- d) A existência de vício de consentimento (erro, dolo, coação ou simulação) (2011, p. 487).

São legitimados a pedir a anulação ou nulidade da adoção o adotante, o adotado, os herdeiros ou legatários do adotante, desde que aberta a sucessão deste, os pais biológicos do adotado, terceiro interessado (como tutor e curador), sendo esta última hipótese a mais remota, sendo possível exclusivamente se houver interesse atingido, Ministério Público (RIZZARDO, 2011).

2.4 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA ADOÇÃO

Há que se ressaltar a importância dos princípios no ordenamento jurídico brasileiro, no qual se coloca os princípios acima das normas, devendo estas estarem sempre de acordo com aqueles. Nas palavras de Lima, Rosa e Freitas os princípios "[...] consagram valores universais e servem para balizar todas as regras, as quais não podem afrontar as diretrizes contidas nos princípios" (2012, p.42). Os princípios constitucionais, além de norteadores de aplicação das normas infraconstitucionais, são normas de imediata aplicação. Nas palavras de Gilmar Mendes:

Os juízes podem e devem aplicar diretamente as normas constitucionais para resolver os casos sob sua apreciação. Não é necessário que o legislador venha, antes, repetir ou esclarecer os termos da norma constitucional, para que seja aplicada. (2011, *apud*, Lima, Rosa e Freitas et. al., 2012)

Tão importantes são os princípios no ordenamento jurídico brasileiro, que se faz se suma necessidade abordar sobre os principais deles no presente trabalho, de forma a demonstrar em que rumo anda o direito da criança e do adolescente em relação ao instituto ora estudado.

Trataremos adiante dos princípios específicos da adoção, mas é importante ressaltar o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, constante na Constituição Federal do Brasil, em seu artigo 1º, III, que dispõe deste princípio como sendo fundamento da República Federativa do Brasil. Por se tratar de princípio

constitucional, todas as normas infraconstitucionais devem estar de acordo. É atributo de todo ser humano e, que acompanhou a própria existência do homem, sendo objetivo eterno da humanidade a proteção desse princípio (BRANCO, 2013). Ou nas palavras de Pereira: “A dignidade é também um princípio ético que paira, norteia e pressupõe vários outros princípios, já que não é possível pensar em ser humano sem dignidade” (2013, p. 113).

Ramos chega muito próximo de algo muito difícil de alcançar, que é o conceito de dignidade, com essa observação:

Assim, a dignidade humana consiste na qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano, que o protege contra todo tratamento degradante e discriminação odiosa, bem como assegura condições materiais mínimas de sobrevivência. Consiste em atributo que todo indivíduo possui, inerente à sua condição humana, não importando qualquer outra condição referente à nacionalidade, opção política, orientação sexual, credo etc. (RAMOS, 2014, p. 74).

Todos os outros princípios do ordenamento jurídico devem respeitar o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, porquanto se trata de máxima estipulada na Constituição Federal Brasileira. “É o princípio maior, fundante do Estado Democrático de Direito, sendo afirmado já no primeiro artigo da Constituição Federal [...] é valor nuclear da ordem constitucional [...] é o mais universal de todos [...] é um macroprincípio [...]” (DIAS, 2013, p. 65).

2.4.1 Princípio da Responsabilidade Tríplice Compartilhada

Sobre a questão da responsabilidade, Pereira informa que “a ideia atual de responsabilidade não busca apenas a reparação do dano para os atos do passado, **mas também cumprir os deveres éticos, voltados para o futuro**” (2012, p. 236, grifo nosso). Tal expressão serve de auxílio para entender a abrangência do princípio em análise.

Há que se falar que o artigo 6º da Constituição Federal prevê que “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à **infância** [...]” (BRASIL, 2014a, grifo nosso). Observa-se com isso, quão importante o legislador

constituinte originário considerou a infância, querendo deixar bem claro que se constituiu o Estado visando à proteção a ela.

O Brasil é signatário do Pacto de São José da Costa Rica, também chamado de Convenção Americana de Direitos Humanos, que ingressou no ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto 679/1992, e dispõe em seu artigo 19 sobre os direitos da criança, estabelecendo que “Toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua **família, da sociedade e do Estado**” (BRASIL, 2015f, grifo nosso). Percebe-se, com tal dispositivo, que a preocupação em dar uma base estruturada às crianças, ou seja, colocar como responsável três institutos, é de âmbito mundial.

Em consonância, prevê a Constituição Federal do Brasil no *caput* do artigo 227 sobre a responsabilidade tríplice (família, Estado e sociedade) em relação aos direitos da criança e do adolescente. Em letra:

Art. 227. **É dever da família, da sociedade e do Estado** assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 2014a, grifo nosso).

É possível retirar da letra da lei, sem qualquer dificuldade, o princípio da Responsabilidade Tríplice compartilhada, posto que, como falado anteriormente, o legislador deixou nítido a sua relevância, delegando a responsabilidade à família, à sociedade e ao Estado, concomitantemente. Ainda, repetindo a Constituição, o ECA, no artigo 4º, dispõe sobre o princípio em tela da seguinte forma:

Art. 4º **É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar**, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária (BRASIL, 2014b, grifo nosso).

Resta claro a importância de tal princípio no ordenamento jurídico brasileiro, posto que, além de consagrado na Constituição, fora transformado em norma repetida no Estatuto da Criança e do Adolescente, e fora inserido do âmbito

internacional para o interno por meio do Decreto 678/1992. Ainda, segundo Pinheiro, Galiza e Fontoura:

O cuidado das crianças está previsto na Constituição Federal, art. 227, como um dever e um direito do Estado, da sociedade e da família – das mães e dos pais –, ou seja, homens e mulheres têm o mesmo dever e a mesma capacidade de cuidar de seus filhos (2009, p. 857).

A família nem sempre conta com um pai e uma mãe, por isso a inteligência da norma em estabelecer como responsável a família, sem especificar o que é a família que, como se verá adiante, tem passado por intensas mudanças. Mudanças que acrescentaram o rol de família.

Com isso, fica claro que o princípio da Responsabilidade Tríplice é basilar no ordenamento jurídico brasileiro e até mesmo, é princípio de grande relevância em âmbito internacional.

2.4.2 Princípio da Prioridade Absoluta

O conceito do Princípio da Prioridade Absoluta encontra-se no texto do artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente. Em letra:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, **com absoluta prioridade**, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. **A garantia de prioridade** compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude (BRASIL, 2014b, grifo nosso).

Ainda, extrai-se uma referência ao princípio no artigo 3º da mesma lei.

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, **sem prejuízo da proteção integral** de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade (BRASIL, 2014b, grifo nosso).

Paolo Vercellone extrai dos citados artigos os seguintes princípios:

a) crianças e adolescentes gozam de todos os direitos fundamentais assegurados a toda pessoa humana; b) eles têm direito, *além disso*, à proteção integral que é a eles atribuída por este Estatuto; c) a eles são garantidos também todos os instrumentos necessários para assegurar seu desenvolvimento físico, mental, moral e espiritual, em condições de liberdade e dignidade (VERCELONO, 2003 *apud* PEREIRA et al., 2012).

Resta claro que o Estatuto que dispõe sobre os direitos da criança e do adolescente repete o texto da constituição no que diz respeito ao princípio da responsabilidade tríplice compartilhada, e, ainda, abrange de forma explicativa sobre o dever de todos de garantir o bem da criança e do adolescente.

Existe dualidade na aplicação do princípio, posto que "há em seu conteúdo um conduta omissa do intérprete - de respeitar o crescimento da criança e do adolescente -, mas, principalmente, um comportamento comissivo, de modo que os responsáveis possam promover a personalidade do menor" (PEREIRA, 2012, p. 154). Isso se dá, pois a criança se trata de pessoa humana em desenvolvimento, merecendo proteção dos que lhes cercam, haja vista sua incapacidade para se assegurar sozinha, sem auxílio de outrem.

Em consonância, Martha de Toledo Machado explica que

É esta vulnerabilidade que é a noção distintiva fundamental, sob a ótica do estabelecimento de um sistema especial de proteção, eis que distingue crianças e adolescente de outros grupos de seres humanos simplesmente diversos da noção de *homo medio*.
É ela, outrossim, que autoriza a aparente quebra do princípio da igualdade: porque são portadores de uma desigualdade inerente, intrínseca, o ordenamento confere-lhes tratamento mais abrangente como forma de equilibrar a desigualdade de fato e atingir a igualdade jurídica material e não meramente formal. (MACHADO, 2003 *apud* PEREIRA, et al., 2012).

É a questão fundamental de tratar igualmente os iguais, e desigualmente os desiguais.

2.4.3 Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente

Tratamos, agora, de um importante princípio constitucional, que se configura como base do Direito da Criança e do Adolescente.

A promulgação desse princípio se deu através da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1989, ratificada pelo Brasil em 26 de janeiro de 1990, através do Decreto Legislativo nº 28, sendo promulgada pelo Decreto Presidencial nº 99710 de 21-11-1990 (PEREIRA, 2008). Rodrigo da Cunha Pereira, sobre tal Convenção, completa informando que

[...] a dicção inicial é a seguinte: Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança (PEREIRA, 2012, p. 152).

É possível extrair da letra da Convenção que o que esta "proclama é a prioridade absoluta e imediata da infância e da juventude, conduzindo a criança e o adolescente a uma consideração especial, sendo seus direitos fundamentais universalmente salvaguardados" (PEREIRA, 2012, p. 153).

Tânia da Silva Pereira conclui que:

Fruto de compromisso e negociação, tal Convenção representa o mínimo que toda a sociedade deve garantir às suas crianças, reconhecendo em um único documento as normas que os países signatários devem adotar e incorporar às suas leis (2008, p. 45).

Se observa, nesse ponto, a importância de tal Convenção, que assim como se extrai da história do homem, se deu através de movimento humano, de reivindicações. Se deu após se constatar a sua necessidade. Esse princípio

reafirma direitos e deveres dos pais e responsáveis e o papel do Estado quanto àqueles que não tenham condições de assegurar que instituições e serviços de atendimento à criança e ao adolescente obedeçam normas de segurança, saúde, idoneidade de pessoal atendente e supervisão. (COELHO, 1992 *apud* PEREIRA et al., 2008).

Percebe-se que os três princípios ora mencionados estão em harmonia, e são, destarte, interdependentes, posto que, sempre que se menciona um dos

princípios, aparece, mesmo que timidamente, os outros dois. Bem como "o que se pode predeterminar em relação a este princípio é sua estreita relação com os direitos e garantias fundamentais da criança e do adolescente" (Pereira, 2012, p. 151). Ou seja, tal princípio está interligado com normas e princípios do direito da criança e do adolescente.

Assim como os princípios anteriormente mencionados, o Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente tem aplicação imediata, e deve ser usado como bússola quando na aplicação da lei. Tal princípio configura "um critério significativo na decisão e na aplicação da lei. Isso revela um modelo que, a partir do reconhecimento da diversidade, tutela os filhos como seres prioritários nas relações paterno-filiais e não mais apenas a instituição familiar em si mesma" (FACHIN, 1996 *apud* PEREIRA et al., 2008).

Entretanto, é diante de um caso concreto que se poderá, de forma mais sólida, dar corpo, significado ao princípio, tendo em vista o que os princípios não carregam consigo predeterminação. Há uma explicação para isso nas palavras de Pereira:

[...] o conceito de melhor interesse é bastante relativo. O entendimento sobre seu conteúdo pode sofrer variações culturais, sociais e axiológicas. É por esta razão que a definição de mérito só pode ser feita no caso concreto, ou seja, naquela situação real, com determinados contornos predefinidos, o que é o melhor para o menor. [...] A relatividade e o ângulo pelo qual se pode verificar qual a decisão mais justa passa por uma subjetividade que veicula valores morais perigosos (2012, p. 150).

É possível perceber, com as citadas palavras, que a relatividade do princípio cessa ao ser proferida uma sentença referente a um caso concreto. Somente diante de uma situação fática é que se dará forma ao princípio.

O princípio em tela deve ser utilizado como base na aplicação, interpretação e até mesmo na criação das leis. São várias as situações aplicáveis ao princípio. Pereira informa que:

São várias as circunstâncias em que se confere lugar de destaque ao melhor interesse do menor, principalmente em disputas de guarda e na fixação do direito de visitas. No fim da conjugalidade, em que os restos do amor são levados ao Judiciário, percebemos a utilização dos processos judiciais como instrumento para se atingir os outros. São histórias de degradação em que se vê o quanto é lamentável que o amor que um dia existiu tenha se transformado apenas em ódio. Entretanto, as pessoas investidas deste ódio e de uma relação mal resolvida não conseguem dissociar o fim da família conjugal da família parental, e utilizam os filhos como moeda de troca (2012, p. 154),

São nesses casos concretos em que o magistrado deve utilizar o princípio do melhor interesse como prioridade na hora de decidir. O juiz deve sempre estar com os olhos voltados para o bem estar da criança, independente dos pais dela estarem em lide quanto à separação.

Entretanto, deve ser utilizado tal princípio também para sua efetivação. Ou nas palavras de Flávio Guimarães Lauria (2002 *apud* PEREIRA, et al., 2012):

O princípio do melhor interesse não tem apenas a função de estabelecer uma diretriz vinculativa para se encontrar as soluções dos conflitos, mas, também, implica a busca de mecanismos eficazes para fazer valer, na prática, essas mesmas soluções. Trata-se do aspecto "adjetivo" do princípio do melhor interesse.

Seguindo a ideia do autor, cabe citar políticas públicas capazes de efetivar o melhor interesse da criança e adolescente, por exemplo: evitar a evasão escolar, garantir saúde, educação e infra-estrutura de qualidade, etc.

3 UNIÃO HOMOAFETIVA

A união homoafetiva hoje já não é mais tida como raridade. As pessoas têm mais liberdade de se expressar e de expressar sua orientação sexual. A questão é que a lei não acompanha com fidelidade as questões sociais; não tem a mesma velocidade. Como as uniões homoafetivas são carentes de normas legais que regulem seus direitos específicos, sofrem com essa omissão, e são, muitas vezes, vítimas de discriminação do próprio Poder Público que deveria agir com vistas ao Interesse Público, que é supremo em vista de interesses particulares.

Usaremos neste trabalho a expressão “homoafetividade”, pois já é ultrapassada a expressão homossexualidade, e mais ainda, a expressão homossexualismo (sufixo “ismo” tem conotação de doença). Mesmo que a expressão homossexualidade não tenha más intenções, significando apenas um modo de ser (DIAS, 2013). E não só por questão temporal, mas porque o que liga as pessoas é o afeto, é o sonho da vida em união, da vida partilhada. E escolher o tipo físico da pessoa que amamos é algo que não está ao nosso alcance. Amamos e pronto. E não cabe ao Direito privar as pessoas da busca pelo sonho pessoal, da felicidade, pelo simples fato de não fazerem parte do modelo majoritário de se relacionar (DIAS, 2013).

Contrário do que muitos possam pensar a união entre duas pessoas, seja heteroafetiva ou homoafetiva, não é uma escolha, pois, se fosse assim, ninguém escolheria fazer parte de um grupo minoritário e estigmatizado pela sociedade (SILVA JÚNIOR, 2001).

Importante colocação do autor, pois é de destacar que mesmo vivendo em pleno século XXI – século da internet, da globalização, do acesso à informação, etc – a humanidade vive tempos de preconceito. Pois é muito comum encontrar discursos sobre perversão sexual, promiscuidade, inversão de valores, etc., quando o assunto é união de pessoas do mesmo sexo. E ainda se vê grande influência das igrejas nas opiniões das pessoas a respeito do assunto. Segundo Dias, “a Igreja fez do casamento uma forma de propagar a fé cristã: cresci e multiplicai-vos. A infertilidade dos vínculos homossexuais foi o que levou ao repúdio e à marginalização” (2013, p. 206). E por ser grande parte do eleitorado, o legislador

preferiu não criar a lei necessária para os casais homoafetivos, que é minoria rejeitada pela sociedade, para não desapontar a maioria dos eleitores, na tentativa de garantir reeleição, deixando órfãos legais (mas não órfãos de direito) todos esses casais (DIAS, 2013). Apesar de não haver não específica ao caso, não significa que não existe o Direito, pois como veremos adiante, nem a Constituição nem a Lei infraconstitucional proíbe a relação entre duas pessoas do mesmo sexo. Pelo contrário, a Constituição veda qualquer tipo de discriminação, e prega a liberdade e a igualdade. Ocorre que:

A omissão legal tem um efeito perverso. Muitos juízes resistem em emprestar-lhes juridicidade. Interpretam a falta de lei como correspondendo à vontade do Estado em não querer lhes conceder direitos, quando a motivação é bem outra: o preconceito (DIAS, 2013, p. 208).

Inclusive, mesmo a Constituição Federal Brasileira citando a expressão “homem e mulher”, isso não significa que apenas as relações entre um homem e uma mulher terão proteção do Estado (DIAS, 2013). Isso ocorre, primeiramente, porque o legislador constituinte originário não quis restringir a proteção apenas ao casal de heterossexuais, como se percebe ao analisar o texto magno num todo. Ou seja, esse rol não abrange todas as formas de relação que merece proteção estatal (DIAS, 2013). Em outro plano, pois o texto constitucional deve ser analisado de forma ampliativa, não restritiva à letra do texto. A Constituição não especifica quais tipos de família serão tuteladas pelo Direito, logo, qualquer família terá tutela (DIAS, 2013). Ocorre que, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, não se considerava a união homoafetiva como família. Sequer se considerava a existência dela. Desde então, se condenava essas relações ao limbo da invisibilidade, como se as mesmas não existissem. Entretanto, não há como negar a existência delas, e, inclusive, há uma necessidade de tutelá-las especificamente, já que, nos casos concretos, não são aplicados, analogicamente, os princípios constitucionais. Ou, em outras palavras:

[...] a interpretação de uma norma ampla não pode suprimir de seus efeitos situações e tipos comuns, restringindo direitos subjetivos. A referência constitucional é norma de inclusão, que não permite deixar ao desabrigo do conceito de família – que dispõe de um conceito plural – a entidade familiar homoafetiva. E, na inexistência de regra restritiva, é de ser reconhecida a união estável homoafetiva (DIAS, 2013, p. 206).

Ou seja, o fato de não estar expresso em lei específica não significa que não exista o direito material. O que ocorre, como já mencionado, é que com base em preconceitos, deixamos de aplicar a norma existente, por ser geral. Entretanto, não é necessária norma específica para tutelar os direitos dos indivíduos, pois o juiz não pode abster-se de julgar. Entretanto, para que haja ruptura entre o sistema antigo de preconceito e o novo sistema, em que as pessoas são livres para escolherem com quem querem compartilhar a vida.

As uniões homoafetivas existem e pronto. Não há que o discutir isso. O que há de se discutir é como vamos integrar essas pessoas ao sistema normativo, de modo que não excluamos da possibilidade de exercerem seus direitos constitucionais de liberdade, de igualdade, de constituir família, etc.

A questão da licença maternidade é outra que deve ser debatida. Pois, assim como o conceito de família, o conceito de maternidade também vem evoluindo com o passar do tempo. Pois nem sempre quem exerce a maternidade é a mãe. Por vezes é um avô, um tio, um pai, um irmão, etc. A figura materna (assim como a paterna) não está vinculada somente à figura de uma mulher que gestou a criança por nove meses. Maternidade tem muito mais relação com o cuidado, com o carinho, com a educação, com a preocupação de criar um cidadão honesto para o mundo. Logo, a licença maternidade deveria ser concedida àquela ou àquele que deseja cuidar da criança nos primeiros meses de vida, de modo a inseri-la nos hábitos da família. Por isso, é perfeitamente cabível a extensão dos direitos de licença e salário maternidade ao homem que, em união homoafetiva, decide dar os primeiros cuidados da criança adotada em tempo integral, até que haja adaptação ao novo meio da criança.

Importante depoimento sobre a questão fez o médico Dr. Dráuzio Varella:

A homossexualidade é uma ilha cercada por ignorância por todos os lados. Qual a ideia que as pessoas que se opõem à homossexualidade fazem dela? De que mulheres e homens, num dado momento da vida pensam assim: "ah, eu sou heterossexual, mas, como eu sou sem vergonha, eu vou, então, abraçar a homossexualidade". Isso é uma estupidez! Ninguém decide a própria sexualidade. "Cê" é heterossexual? Quando é que "cê" decidiu ser heterossexual? A sexualidade é. Ela se impõe. A gente não escolhe. Não tem como escolher. Aqueles que acham que a homossexualidade é um desvio, é uma aberração da natureza, dizem isso por ignorância, porque se fosse assim, ela seria exclusiva dos seres humanos, e a homossexualidade tem sido documentada em todos os animais, praticamente; em todos os vertebrados. Há relações homossexuais documentadas em répteis. Os pássaros, pelo menos numa fase da vida, a grande maioria das espécies, têm comportamentos homossexuais. Os nossos parentes mais próximos, os primatas, como os chimpanzés, os gorilas, os orangotangos, têm comportamentos homossexuais também. Os bonobos, que são uma espécie que se confundiu com a dos chimpanzés durante algum tempo, eles resolvem muitos problemas de tensão pela via homossexual. A homossexualidade é um tipo de comportamento sexual tão respeitável quanto à heterossexualidade. Discriminar os homossexuais por causa do próprio comportamento, por causa do desejo, do tipo de desejo que eles têm, é uma ignorância absurda. Você pode controlar o comportamento. "Cê" vive numa sociedade heterossexual, então você se comporta daquele jeito, como você se comportaria como homossexual numa sociedade que fosse diferente. Mas você não controla o desejo. O desejo humano é incontrolável. Comportamento pode ser, mas desejo não há como controlar. E aqueles que são visceralmente contra, esses pastores de almas, que acham que a homossexualidade é um crime, que é um pecado contra a natureza, contra Deus, tudo bem. Que eles prescrevam isso, que eles coloquem fora da igreja deles as pessoas que têm esse tipo de comportamento, mas não pode ter direito de impor isso contra nós. Eles não podem ter o direito de achar que a sociedade inteira tem que ser contra o casamento gay. Eu vou te perguntar uma coisa: que diferença faz pra você, pra sua vida pessoal, se o seu vizinho dorme com outro homem? Se a sua vizinha é apaixonada pela colega de escritório? Que diferença faz pra você? Se faz diferença, procure um psiquiatra, você não "tá" legal².

Esse depoimento é substancialmente esclarecedor. A homoafetividade é tão natural quanto à heteroafetividade. Como se extrai da declaração, variadas espécies têm o comportamento homossexual. Essa explicação nos demonstra que, contrário de muitos discursos que ouvimos, a união homoafetiva não é contrária às leis da natureza. Mas não estamos aqui para discutir a naturalidade, mas para discutir as conseqüências na esfera jurídica.

E apesar de se tratar de algo relacionado à intimidade, ao âmbito extremamente particular das pessoas, o Estado normatiza de variadas formas a união das pessoas. E o que gera, por vezes, algum sofrimento aos indivíduos, é que

² www.drauziovarella.com.br, acesso em 22/03/2015

a normatização das uniões, das relações afetivas tem, normalmente, vagarosa evolução, não acompanhando-as como deveria (DIAS, 2009).

Isso significa, em outras palavras, que a sociedade resiste ao que não é considerado, pela maioria, normal, ao que é diferente. Parece ser algo intrínseco do ser humano abominar o estranho. É possível observar isso com o que aprendemos nas aulas de história, onde cada momento histórico envolve um método de exclusão próprio, baseado em preconceito, onde o que vale é o pensamento da maioria (DIAS, 2009a).

Entretanto, já é possível verificar certa evolução quanto ao assunto, nas palavras de Maria Berenice Dias:

Com a evolução dos costumes, com a mudança de valores e dos conceitos de moral e de pudor, a livre orientação sexual deixou de ser “assunto proibido” e hoje já é enfrentada abertamente, sendo retratada de forma explícita em filmes, novelas e na mídia. A sociedade, nas últimas décadas – ainda bem – está ficando mais tolerante e lentamente vem mudando a maneira de encarar as relações das pessoas do mesmo sexo (2009a, p. 29).

Logo, se vê um passo a frente. Um desapego ao que é antigo, e ao mesmo tempo, uma possível abertura à evolução. E mais: se vê a necessidade dessa evolução das normas reguladoras, tendo em vista que as matérias que envolvem a homoafetividade acabam desembocando no Judiciário, que tem resolvido as questões, mesmo não havendo norma específica aos casos. Por exemplo:

Com a nova idéia de família, as relações homoafetivas vêm sendo inseridas no Direito das Famílias, a tornar possível o processamento, nas Varas de Família, das demandas para decretar a separação do par, conceder alimentos, inserir o parceiro sobrevivente na ordem de vocação hereditária e assegurando-lhe direito real de habitação (DIAS, 2009a, p. 33)

Pois mesmo que não haja regulamentação específica, o juízo não pode eximir-se de julgar o caso trazido a si, consoante artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (2015f) e artigo 126 do Código de Processo Civil (2015g), e

[...] mesmo aqueles que negam reconhecimento como entidade familiar concordam que a ausência de regulação legal expressa não pode impedir a análise das demandas pelo Poder Judiciário, tornando a atividade jurisdicional a primeira a buscar a solução para a situação” (NAHAS, 2008, p. 116).

Entretanto, a inexistência de lei ou a omissão do Poder Judiciário, bem como o preconceito não podem excluir pessoas da tutela jurídica (DIAS, 2013).

É descabido negar proteção e subtrair direitos e quem vive fora dos padrões sociais e busca direito não previsto em norma legal expressa. Inviável uma valoração tão somente **moral**, porque a convicção subjetiva de cada um, além de ser mutável, não se baseia em critérios uniformes da opinião pública. Qualquer construção jurídica que se pretenda fazer supostamente científica não se compadece com tal subjetivismo (DIAS, 2013, p. 209).

E mesmo que pareça óbvio que, se a Constituição Federal estabelece direitos, estes deverão ser cumpridos e efetivados na esfera concreta. Entretanto, infelizmente, não é o que acontece. É comum vermos as pessoas terem que pedir ao Poder Público para exercer seu direito constitucional, e mesmo assim, tais direitos serem negados ou concedidos parcialmente. É o que acontece com os casais homoafetivos que adotam uma criança. Pois precisam fazer o pedido da licença maternidade e mesmo assim, não são agraciados pelo benefício na mesma graduação em que são agraciadas as mulheres que adotam.

E esse reconhecimento da nova ideia de família é a que significa a busca pela realização pessoal. Explica Nahas:

A família do século XXI, conforme já afirmado, é plural e multifacetária, ao contrário do modelo familiar ocidental aceito até início do século XX. Uma das molas propulsoras desta mudança foi a busca pela realização do indivíduo. A família deixa de ser uma entidade, que objetiva a procriação e a transmissão de patrimônio, para se tornar o local de busca pela realização individual do ser humano (2008, p. 106).

Apesar de não haver norma constitucional expressa que garanta direito à livre orientação sexual, tal escolha decorre da interpretação do texto constitucional, no tocante à dignidade da pessoa humana, igualdade, a liberdade, entre outros. Segue o trecho do texto constitucional mencionado:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem **como fundamentos**:

[...]

III - **a dignidade da pessoa humana**;

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à **igualdade** [...] (BRASIL, 2014a, grifo nosso).

Além desses, há a imposição constitucional inserida no artigo 3º do Texto Magno que expõe os objetivos da República Federativa do Brasil, entre os quais se encontram “**construir uma sociedade livre, justa e solidária**” (BRASIL, 2014a, grifo nosso) e “**promover o bem de todos, sem preconceitos** de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (BRASIL, 2014a, grifo nosso). Logo, percebe-se que a constituição brasileira foi elaborada com o escopo de erradicar qualquer espécie de discriminação.

Ainda há proteção da união homoafetiva, tendo em vista seu caráter de entidade familiar, conferido há pouco tempo pelo Supremo Tribunal Federal. E sendo entidade familiar, é protegida pela Constituição Federal, e, portanto, deve ser tutelada também pelo Estado. Entende-se por entidades familiares as que preencham alguns requisitos (dotadas de algumas características), quais sejam: afetividade, estabilidade e ostensibilidade; e preenchendo tais requisitos são tuteladas pela Constituição Federal, e serão reguladas pelo Direito de Família, e não pelo Direito das Obrigações, caso contrário atingiria a dignidade das pessoas integrantes da entidade familiar (DIAS, 2011).

E para fins de proteção constitucional, é muito importante que a união homoafetiva seja considerada entidade familiar. Pois tal proteção está consagrada no *caput* do artigo 226 da Constituição Federal do Brasil, que nos informa que “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado” (BRASIL, 2014a). Percebe-se com esse dizer do texto constitucional, que não importa a espécie – se é que existem espécies – de família, o que importa é que se for família, terá proteção. Indépende, para isso, se a família deriva de casamento, de união estável, etc.

Ou então, nas palavras de Nahas:

O ponto culminante da evolução legal-constitucional foi o art. 226 da Constituição Federal, norma aberta que garante a proteção constitucional prevista no *caput* à Família, sem conceituá-la nem restringi-la, cabendo ao intérprete a tarefa de adequar o conceito no momento da concretização. (NAHAS, 2008, p. 101).

E “tratando-se de união homoafetiva, está-se diante não somente da liberdade e da autonomia privada, mas do direito fundamental a ter família” (DIAS, 2011, p. 164). Direito esse expresso também na Constituição Federal Brasileira, e em virtude de ser direito individual, trata-se de cláusula pétrea. Ou seja, lidamos com o íntimo, privado, particular, extremamente subjetivo de cada ser humano.

Quando se fala em família, se pensa nos laços mais estreitos que unem os seres humanos, em especial no parentesco, decorrente da descendência biológica, da adoção, ou ainda da afinidade, bem como, na conjugalidade, relação amorosa entre duas pessoas com intuito de buscar uma vida em comum (NAHAS, 2008, p. 102).

Ocorre que hoje é possível, inclusive, o casamento de pessoas em relacionamento homoafetivo. Ainda que não haja lei específica para isso, há uma norma administrativa que concede esse direito. Trata-se da Resolução número 175 do Conselho Nacional de Justiça, que em seu artigo 1º determina a possibilidade do casamento homoafetivo. Em letra: “É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo” (BRASIL, 2015d). Isso significa um grande passo dado para os casais homoafetivos. Pois, mesmo que não se trate de lei federal, nem de emenda constitucional, trata-se de norma administrativa de âmbito federal que demonstra que existe interesse do Poder Público em resolver essa questão. Cumpre ressaltar que tal norma está de inteiro acordo com a Constituição Federal, visto que garante direito individual expresso no texto constitucional. Dias acrescenta que:

Nem a Constituição nem a lei, ao tratarem do casamento, fazem qualquer referência ao sexo dos nubentes. Portanto, não há qualquer impedimento, quer constitucional, quer legal, para o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Também, entre os impedimentos para o casamento, não se encontra a diversidade de sexo do par. O que obstaculizava a realização do casamento era somente o preconceito (DIAS, 2013, p. 161).

Ou seja, a não realização do casamento homoafetiva era nada mais do que apenas discriminação sem fundamento. Pois não há, como bem visto nas palavras de Dias, qualquer impedimento ao casamento entre pessoas do mesmo sexo. Há somente um preconceito arraigado e que predomina mesmo após a promulgação da Constituição de 1988, que abomina qualquer tipo de discriminação entre as pessoas.

E seria um absurdo continuarmos a limitar os direitos de pessoas integrantes de uma mesma sociedade com base na sua orientação sexual. Pois se assim fizermos, estaremos diante de violação de princípios constitucionais, que são – ou ao menos deveriam ser – mandamentos supremos, dos quais para as leis só resta obedecer.

3.1 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 132 E AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4277: RECONHECIMENTO DE ENTIDADE FAMILIAR

Há muito que evoluir quando o tema é igualdade entre casais homoafetivos e heteroafetivos. Entretanto, ao fim do julgamento da ADPF 132 e ADI³ 4277 reconheceu-se caráter de entidade familiar à união de casal homoafetivo.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) número 132 fora distribuída no Supremo Tribunal Federal em 27/02/2008, mas por perder parcialmente o objeto, fora, pelo Princípio da Fungibilidade e pela natureza residual da ADPF, recebida como Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), recebendo o número 4277, ficando apenas a esta última. Em tal ação fora questionada a seguinte questão:

Obrigatório o reconhecimento, no Brasil, da união entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher; que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendem-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo (BRASIL, 2015g).

³ Tanto ADPF quanto ADI são ações de controle de constitucionalidade

Segue a ementa dos julgamentos da ADPF 132 e ADI 4277:

1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. **UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO.** CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir "interpretação conforme à Constituição" ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. **PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO** SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. **LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE,** INSERIDA NA CATEGORIA DOS **DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA.** O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de "promover o bem de todos". Silêncio normativo da Constituição Federal do Brasil a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana "norma geral negativa", segundo a qual "o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido". **Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da "dignidade da pessoa humana":** direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. **Direito à busca da felicidade.** Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. **TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO "FAMÍLIA" NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO** OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. **DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA.** INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O *caput* do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão "família", não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por "intimidade e vida privada" (inciso X do art. 5º). **Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos** que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do

casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE "ENTIDADE FAMILIAR" E "FAMÍLIA". A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia "entidade familiar", não pretendeu diferenciá-la da "família". Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado "entidade familiar" como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da

Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem "do regime e dos princípios por ela adotados", verbis: **"Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte"**. 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA "INTERPRETAÇÃO CONFORME"). **RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES.** Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de "interpretação conforme à Constituição". Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva (BRASIL, 2015g, grifos nossos).

Ou seja, a decisão trazida ao presente trabalho, demonstra que o direito a constituir família é um direito consagrado na constituição. E que o texto constitucional não estabelece nenhum sentido ortodoxo à expressão família, de modo que concedeu-se caráter de entidade familiar às uniões homoafetivas.

Ao decidir, a Ministra Cármen Lucia, em seu voto, declarou que "Contra todas as formas de preconceito, contra quem quer que seja, há o direito constitucional. E este é um tribunal que tem a função precípua de defender e garantir os direitos constitucionais" (BRASIL, 2014c). Bem informou a ministra, pois lembrando que o Supremo Tribunal Federal tem a função de guarda da Constituição Federal, o julgamento não poderia ser outro.

Cármen Lucia ainda declarou que "Até porque, como afirmaram muitos dos advogados que assumiram a tribuna, a escolha de uma união homoafetiva é individual, íntima e, nos termos da Constituição brasileira, manifestação da liberdade individual" (BRASIL, 2014c). A ministra se refere neste ponto aos advogados pois atuaram como representantes de entidades que participaram do processo na figura de "*amicus curiae*⁴". Essa figura é admitida nas ações de controle de constitucionalidade.

Agindo como real defensora da Constituição, continuou:

É certo; nem sempre a vida é entendível. E pode-se tocar a vida sem se entender; pode-se não adotar a mesma escolha do outro; só não se pode deixar de aceitar essa escolha, especialmente porque a vida é do outro e a forma escolhida para se viver não esbarra nos limites do Direito. Principalmente, porque o Direito existe para a vida, não a vida para o Direito (BRASIL, 2014c).

Tal exposição é esclarecedora, pois, mesmo que haja, realmente, pessoas que não concordam com as uniões homoafetivas, essas opiniões não tem o condão de barrar os direitos dos outros. Assim como tais pessoas têm o direito de ter sua opinião, sua liberdade de pensamento, não podem, por outro lado, discriminar outros indivíduos com base nisso.

Referente ao mesmo tema, a ministra Cármen Lucia se pronunciou da seguinte forma:

⁴ Amigo da corte; figura semelhante a um assistente.

Não significa, a meu ver, contudo, que se não for um homem e uma mulher, a união não possa vir a ser também fonte de iguais direitos. Bem ao contrário, o que se extrai dos princípios constitucionais é que todos, homens e mulheres, qualquer que seja a escolha do seu modo de vida, têm os seus direitos fundamentais à liberdade, a ser tratado com igualdade em sua humanidade, ao respeito, à intimidade, devidamente garantidos (BRASIL, 2014c).

E é disso que viemos tratando durante esse trabalho: que seja qual for a escolha de cada indivíduo, todos têm o direito dessa escolha e de ser tratado conforme os princípios da igualdade, da liberdade, da dignidade da pessoa humana, entre tantos outros elencados no texto constitucional, em normas internacionais e que fazem parte do ordenamento jurídico brasileiro e nas próprias leis brasileiras.

Ao fim, houve a declaração que foi ratificada na decisão, conforma anteriormente exposto, e que se configura como divisor de águas no sistema jurídico brasileiro, no tocante a uniões homoafetivas. Assim segue:

Na esteira, assim, da assentada jurisprudência dos tribunais brasileiros, que já reconhecem para fins previdenciários, fiscais, de alguns direitos sociais a união homoafetiva, tenho como procedentes as ações, nos termos dos pedidos formulados, para **reconhecer admissível como entidade familiar a união de pessoas do mesmo sexo e os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis serem reconhecidos àqueles que optam pela relação homoafetiva** (BRASIL, 2014c, grifo nosso).

Jacqueline Custódio (2012, p. 95) ao citar Bordallo (2010), pareceu se compadecer com a situação de vazio no ordenamento jurídico brasileiro, e prescreveu que "as lacunas legais em relação a união homoafetiva devem ser supridas por uma interpretação da Constituição, equiparando essas uniões à união estável". Como se viu, entendeu da mesma forma a ministra relatora ao julgar a ADI 4277.

Finalizando a sua linha, Custódio concluiu o seguinte:

Conclui-se que existe uma realidade fática da qual o direito não pode se esquivar. Portanto, o não reconhecimento das uniões homoafetivas, pelo fato de não estarem expressas na Constituição Federal do Brasil, fere o princípio da dignidade da pessoa humana e a vedação constitucional de discriminação em razão do sexo, até porque no Estatuto da Criança e do Adolescente ou no Código Civil não há proibição à colocação de crianças e adolescentes em famílias substitutas biparentais homossexuais (2012, p. 95).

Em sintonia com o julgamento da já referida ADI, Jacqueline Custódio (2012, p. 96) ao citar Diniz (2010), de feliz maneira, assim se manifestou:

Nesse diapasão, não equiparar a união homossexual à união estável significa alijá-la do âmbito da proteção jurídica, inconcebível em um Estado que se denomina Democrático, cujos princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia conformam sua lei maior (DINIZ, 2010 *apud* CUSTÓDIO et al., 2012).

Posterior ao julgamento do Supremo Tribunal Federal sobre união estável de pessoas do mesmo sexo, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) publicou a Resolução 175, como já mencionado anteriormente, que proíbe aos Cartórios de Registro Civil do Brasil de se recusarem de realizar a habilitação, a celebração do casamento civil ou da conversão da união estável em casamento para casais homoafetivos. Em letra: “É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo” (BRASIL, 2015h). Isto é, já está pacificado que união entre pessoas do mesmo sexo deve receber proteção do Estado, porquanto se trata de entidade familiar, seja união estável ou casamento.

3.2 ADOÇÃO POR CASAL HOMOAFETIVO

Como já visto no início deste trabalho, todos os requisitos para que seja concedida a adoção, são voltados para a criança ou adolescente a ser inserido em nova família, e "a partir da perspectiva do reconhecimento do valor jurídico do afeto, cumpridas as exigências legais e sendo favorável o parecer psicossocial, não poderia haver restrição à adoção compartilhada por casais homoafetivos" (CUSTÓDIO, 2012, p. 96).

O que importa realmente para que o juiz dê procedência ao pedido de adoção, é que haja real vantagem à criança ou ao adolescente adotado, e que sejam legítimos os motivos do pedido (DIAS, 2009). Ou seja, a legislação concernente à adoção se volta para o bem estar do adotado, obedecendo ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Por outro lado, ainda formando obstáculo à efetiva adoção, temos a realidade da sociedade, pois:

Hoje coexistem duas realidades distintas, a dos interessados em adoção que buscam as crianças que não puderam ter de forma convencional e o grande número de crianças e adolescentes no país esperando uma família. E como o perfil de filho esperado pelos interessados em adoção é diferente do que encontramos nos abrigos brasileiros, há espera de ambos os lados. (FOGAL E DAGNONI, 2014, p. 98).

E vendo sob a ótica do bem estar do adotado, incluir os casais homoafetivos na fila para a adoção é aumentar a esperança de quem está esperando por um novo lar. Sem falar no fato de que reduz as desigualdades, reduz o sofrimento pelo qual passam os casais homoafetivos e de que se garante a dignidade dessas pessoas que agora podem optar sobre sua própria vida, se terão ou não filhos.

Maurício Ribeiro Almeida relembra que ainda existe outro obstáculo, qual seja:

Vemos deste modo, que a supervalorização dos laços de sangue, vista como fundamental para o sucesso do relacionamento entre pais e filhos, e a concepção da família adotiva como um modelo excepcional e desviante de família, entre outras influências, ainda prejudicam a ressignificação do tema na atualidade e dificultam o acolhimento de crianças e adolescentes que dele necessitam (2004, p. 01).

Ou seja, hoje o número de pretendentes na fila de adoção é muito maior do que o número de crianças aguardando um lar. Conforme dados publicados pelo Conselho Nacional de Justiça⁵, há 31859 pretendentes habilitados e ativos aguardando para adotar. Por outro lado, há 5495 crianças e adolescentes cadastrados aguardando uma família. Há nítida discrepância entre os números. E é difícil imaginar, com isso, uma causa que explique o porquê ainda existem crianças e adolescentes na espera.

Mais um fator que torna ainda mais significativo a inserção dos homoafetivos em união na fila da adoção. Isso porque aumentaria o rol de pretendentes para adoção.

⁵ www.cnj.jus.br, acesso em 07/04/2015.

4 LICENÇA E SALÁRIO-MATERNIDADE

A licença e o salário-maternidade são benefícios atrelados a existência de uma pessoa com carteira assinada e da chegada de uma nova vida, de uma criança. Diferente de outras épocas, hoje é possível estender esses benefícios quando essa pessoa com carteira assinada adota uma criança. Como se verá em breve, inicialmente tais benefícios eram atrelados ao fato de que uma mulher dava a luz a uma criança, e que ambos, mãe e filho, precisavam de cuidados e de recuperação. Hoje, como é sabido, é possível a adoção. Então, se faz necessário uma reflexão sobre a existência desses benefícios, e, também como se verá a seguir, hoje estão mais atrelados à proteção da criança do que qualquer outra coisa. Logo, ao se falar de extensão dos direitos de salário e licença maternidade ao casal homoafetivo de homens que adota, está-se objetivando tratar, muito mais, dos interesses das crianças do que do próprio casal. Entretanto, não podemos nos omitir quanto ao fato de que tais casais necessitam ter o exercício de seus direitos.

O Brasil adota o Princípio da Igualdade e da Liberdade, e é muito fácil perceber isso. Tanto na Constituição Federal, quando em legislações infraconstitucionais e até mesmo em norma supra legal ⁶(tratado ratificado pelo Brasil com força de Emenda Constitucional). A Constituição é expressa ao instituir que todos devem ser tratados em igualdade perante a lei (artigo 5º, “*caput*”), e que é vedado a quaisquer dos entes federativos criarem distinções entre brasileiros (artigo 19, inciso III) (BRASIL, 2014a).

Muito importante também são os objetivos da República Federativa do Brasil, já mencionados anteriormente, expresso no início do texto magno, quais sejam:

⁶ Por exemplo: decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - **construir uma sociedade livre, justa e solidária;**

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e **reduzir as desigualdades** sociais e regionais;

IV - **promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação** (2014a, grifo nosso).

Esse dispositivo é fundamental no que diz respeito à elaboração das normas infraconstitucionais e quanto à atuação do Poder Público. Ou, em outras palavras, “Essa previsão constitucional condiciona a aplicação e efetividade das demais normas constitucionais, de todas as leis infraconstitucionais ou qualquer outra regra, seja qual for sua espécie ou natureza” (MAIA, 2012, p. 09). Com uma breve e superficial análise deste dispositivo constitucional, é possível afirmar que todas as leis brasileiras devem primar por esta imposição. Que norma alguma pode discriminar alguém, ou espelhar preconceitos. Que é objetivo o bem comum das pessoas, independente se são negras, brancas, homens, mulheres, e independentemente de sua orientação sexual (LOPES, 2012). Ainda:

Urge inferir que as normas constitucionais gozam de densa efetividade, por esta razão, é possível deduzir que o constituinte primário, ao eleger como um dos objetivos fundamentais da República a promoção do bem de todos, sem preconceitos de sexo, o fez sob o conseqüente correspondente à dimensão de liberdade sexual de todos os indivíduos (MAIA, 2012, p. 10).

Já na década de oitenta se tinha a preocupação com os tratamentos discriminatórios. O dispositivo mencionado tem uma abrangência geral ao tratar da promoção do bem a todos, ao mencionar “quaisquer outras formas de discriminação” (BRASIL, 2014a), e o legislador constituinte originário foi direto e claro ao informar que a República Brasileira é livre de preconceito com relação ao sexo da pessoa. Então, não há justificativa para que pessoas que desejam exercer seus direitos sejam impedidas por causa da sua orientação sexual e por causa do seu sexo. “A lei não pode deixar de ser criada ou votada somente porque é contrária a ideologia de vida do legislador, visto que trará a desigualdade. No entanto, o que se comprova na atual conjuntura [...] são estes preconceitos e discriminações” (LOPES, 2012, p. 14).

Assim sendo, os casais homoafetivos de homens ao adotarem uma criança, se não tiverem o exercício do seu direito de licença maternidade, estarão sofrendo discriminação que é constitucionalmente proibida, mesmo não havendo norma infraconstitucional específica.

Portanto, a história da humanidade não permite que se retroaja na garantia dos direitos fundamentais, no entanto, encarar a questão do reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar com a visão discriminatória e preconceituosa de alguns dos legisladores brasileiros, somente fará com que haja estagnação do direito. Sendo assim, a **igualdade de direitos não pode ser suprimida por questões conservadoras e ideológicas** de indivíduos que não acompanham o fato social. Em suma, as leis devem alcançar todos os cidadãos de forma igualitária, havendo sua aplicação sem qualquer preconceito, sendo a igualdade substancial a finalidade do inciso IV do artigo 3º da Constituição Federal do Brasil (LOPES, 2012, p.15, grifo nosso).

Cumprе ressaltar que os princípios constitucionais são imutáveis por estarem acima de qualquer outra norma. Por isso, deve haver subordinação das demais normas perante os mesmos. Também os aplicadores das normas, como o Judiciário e o Poder Público, devem estar vinculados aos princípios constitucionais, não podendo atuar em desconformidade com tais normas superiores. Com relação ao Judiciário:

O operador do Direito deve priorizar absolutamente os princípios constitucionais visando garantir a sua efetivação no plano empírico, se comprometendo com a preservação dos direitos humanos fundamentais e com o pleno bem-estar das pessoas (MAIA, 2012. p. 9).

Inclusive, o Brasil faz parte de Tratados internacionais que foram inseridos no ordenamento jurídico pátrio como se leis fossem. Um desses Tratados é a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, na qual foram afirmados direitos humanos no plano internacional (SUSSEKIND, 2010). É importante ressaltar alguns artigos de tal declaração:

Artigo 1. **Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos.** São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade. Artigo 2. 1. Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, **sem distinção de qualquer espécie**, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição. [...] Artigo 3. **Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.** [...] Artigo 7. **Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei.** Todos têm direito a **igual proteção contra qualquer discriminação** que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação. Artigo 8. Todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei. (BRASIL, 2015e).

É possível perceber que, já na década de 1940 (época da Segunda Guerra Mundial), havia uma preocupação com o tratamento desigual entre as pessoas, e que havia uma necessidade de tutelá-las.

Outro tratado internacional ratificado pelo Brasil é o Pacto de São José da Costa Rica, que assim como a Declaração Universal de Direitos Humanos, impõe que deve ser obedecida a igualdade entre as pessoas, da seguinte maneira: “Art. 24. Igualdade perante a Lei. Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei” (BRASIL, 2015a). Ainda, o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, estabelece que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” (2015f).

Entretanto, mesmo havendo tantas normas tratando da igualdade, da não discriminação e da liberdade, ainda há pessoas que não vêem tais direitos sendo efetivados em suas vidas. Ainda se vê desigualdade na criação legislativa e na aplicação das normas legais. É o caso do casal homoafetivo de homens ao adotar uma criança. Mesmo a lei, a constituição e os tratados internacionais deixando claro que devem todos ser tratados de igual maneira perante a lei, é necessário, para que esse casal seja beneficiado pela licença-maternidade, um pedido judicial, que, muitas vezes é concedido em menor grau do que é concedido quando se trata de uma mulher adotante. Por isso, há necessidade urgente de mudança na legislação brasileira.

O Direito do Trabalho é guiado por uma série de princípios, sejam constitucionais, como os já mencionados anteriormente, sejam os legais específicos.

São alguns princípios específicos o princípio do "*in dubio pro operario*", o princípio da norma mais favorável, o princípio da condição mais benéfica, o princípio da não discriminação, entre outros (SUSSEKIND, 2010). Conceder a licença maternidade ao homem adotante é, com certeza, uma medida justa que se encaixa em todos os princípios mencionados.

A Lei trabalhista estabelece o prazo de cento e vinte dias de licença maternidade para a mulher que adotar uma criança (pessoa até doze anos, conforme estabelecido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente) (BRASIL, 2014d). Entretanto, ao julgar um pedido de adoção para um casal de homens, esse prazo é fixado em menor grau.

A concessão do pedido de adoção deve, em regra, ser acompanhada dos auxílios de licença e salário maternidade, tendo em vista a necessidade dos pais de inserirem os filhos adotados na rotina da família, de adaptarem-se uns com os outros. Tais benefícios são garantidos tanto pela legislação trabalhista quanto pela legislação previdenciária.

O artigo 392-A da Consolidação das Leis Trabalhistas dispõe que "À empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança será concedida licença-maternidade nos termos do art. 392" (BRASIL, 2014d).

Entretanto, nos informa o artigo 71-A da Lei 8213 de 24 de julho de 1991 (Lei da Previdência Social) que: "**Ao segurado** ou segurada da Previdência Social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança é devido salário-maternidade pelo período de 120 (cento e vinte) dias" (BRASIL, 2014e, grifo nosso).

Ou seja, apesar de a Lei Previdenciária expressar em seu texto que será garantido o salário-maternidade ao segurado ou segurada, independentemente do estado civil ou do sexo da pessoa, a lei trabalhista deixa uma lacuna na questão, gerando prejuízo àquela parcela da sociedade que não se encaixa na expressão "empregada", mas que adotou uma criança e precisa de um tempo razoável para adaptação com a mesma.

Ressalta-se que, a lei previdenciária é do ano de 1991 e a Consolidação das Leis Trabalhistas foi aprovada pelo Decreto-Lei 5452 de 1º de maio de 1943, e que foi recepcionada pela Constituição Federal como se Lei fosse. Ocorre que em ambos os casos, as legislações foram alteradas pela Lei 12873/2013, cuja

atualidade é nítida. Entretanto, a alteração feita pela lei mais atual, que tinha o condão de resolver expressamente a questão, trouxe consigo uma grave divergência. Isso aconteceu, pois, na lei trabalhista, concede a licença maternidade apenas a mulheres, enquanto na lei previdenciária não há discriminação por sexo, sendo a única exigência que somente um integrante do casal poderá receber o benefício, consoante o parágrafo segundo do artigo 71-A, que segue:

Ressalvado o pagamento do salário-maternidade à mãe biológica e o disposto no art. 71-B, não poderá ser concedido o benefício a mais de um segurado, decorrente do mesmo processo de adoção ou guarda, ainda que os cônjuges ou companheiros estejam submetidos a Regime Próprio de Previdência Social (BRASIL, 2014e).

Percebe-se que no mencionado artigo, não há menção qualquer sobre se os cônjuges ou companheiros mantêm união heteroafetiva ou homoafetiva. Logo, é possível afirmar que a lei da previdência social é madura, no sentido de que não delimita quem são os cônjuges ou os companheiros, de modo que o mencionado dispositivo possa ser versátil em situações, inclusive, nas que ainda não são conhecidas. Segundo Barbugiani (2013, p. 223) "a adoção, qualquer que seja o sexo dos pais, também deve exigir a concessão da licença maternidade em virtude de razões principiológicas voltadas à consagração da dignidade da pessoa humana".

Barbugiani informa, também, que:

A licença maternidade, assim como a licença paternidade, com o passar dos anos deixou de ser meramente um direito atrelado à figura da mãe e do pai e transformou-se em algo intrinsecamente coligado à proteção das crianças. Assim, essa visão de recomposição da debilidade da mãe após a gravidez deixa de ser o principal objetivo da licença-maternidade, aproximando-se das mesmas funções da licença-paternidade, no intuito de tutelar o recém-nascido e promover o bem-estar da unidade familiar. (2013, p. 223).

Ou seja, sendo os benefícios de licença e salário maternidade uma proteção voltada para a criança adotada, não haveria de se discutir para qual dos pais será concedido. O importante é que ao menos um dos pais fique incumbido de adaptar o novo membro à família, à casa, à rotina, aos amigos da família, à escola, etc.

Como já expressei anteriormente, não há garantia de licença-maternidade ao pai adotante, haja vista não haver dispositivo constitucional ou legal que conceda,

especificamente, tal benefício, entretanto, é certo que a adoção pode ser pedida e concedida a pessoas sozinhas ou a casais, seja qual for o estado civil, sexo ou orientação sexual (BARBUGIANI, 2013). Quanto às licenças:

As licenças instituídas na Constituição Federal de 1988 e nas normas infraconstitucionais que almejam a tutela das crianças e da unidade familiar devem ser concedidas a mães e pais biológicos ou adotivos, desde que realmente sejam os responsáveis pela guarda e cuidado de seus filhos. Dentro dessa concepção evolucionista, devem figurar não só as licenças-maternidade e paternidade, mas todos os benefícios instituídos no ordenamento jurídico em prol da família, que deve ser encarada como um todo único, sem divisão de sexo. Essa tendência tem sido apreendida da criação de benefícios, como a licença parental e assemelhadas em diversos países, aumentando consideravelmente o afastamento de um dos membros da unidade familiar para cuidar dos filhos, sem que o gênero figure como elemento distintivo ou preferencial do afastamento em atenção aos cuidados da família. (BARBUGIANI, 2013, p. 234).

Tem causado manifestações na doutrina o fato de que os benefícios concedidos à mulher que adota não são estendidos aos pais adotantes (BARBUGIANI, 2013). Isso, pois a licença-maternidade, na letra da lei, só é garantia às trabalhadoras (mulheres) que tem carteira assinada, sendo minoria entre as ocupadas (PINHEIRO; GALIZA; FONTOURA, 2009). "Garantir o acesso desse benefício aos homens ocupados, que estão relativamente mais presentes em ocupações formais, significa, portanto, aumentar consideravelmente o número de famílias amparadas pela legislação" (PINHEIRO; GALIZA; FONTOURA, 2009, p. 858), e por consequência, aumentar a proteção às crianças adotadas, pois como já visto anteriormente, tais benefícios são voltados ao bem estar do adotado.

4.1 FAMÍLIA: CONCEITO ANTIGO E NOVA CONCEPÇÃO

A família passou por metamorfose durante toda a existência humana, e continua mudando. Friedrich Engels, por exemplo, nos apresenta alguns tipos de família que existiram durante o tempo: a família Punaluana, a família Sindiásmica e a família Monogâmica (1995); e em todas essas houve evolução, e como o próprio autor menciona em sua obra "uma magnífica ilustração de como atua o princípio da seleção natural" (ENGELS, 1995, p. 07), quando fala, por exemplo, das

comunidades que passam a abolir as relações sexuais entre pais e filha, entre irmãos, etc. (ENGELS, 1995).

Calderón relembra que, antigamente, em outras sociedades, “nem mesmo o critério biológico era preponderante para a formação de família, pois os elos familiares envolviam, muitas vezes, escravos e pessoas que não possuíam qualquer vínculo consanguíneo” (2013, p. 193). Por outro lado, o que era fundamental nos relacionamentos das famílias era a religião, através das igrejas (CALDERÓN, 2013), condicionando as relações interpessoais ao que era conveniente à cultura da época.

Maria Berenice Dias também traz maneiras diferentes de formação familiar, que são vistas hoje na sociedade, como a matrimonial (onde se percebe maior influência da Igreja), a informal (família que não era matrimonial), a homoafetiva (ou união homossexual), a paralela ou simultânea (quando há entidades familiares concomitantes), a poliafetiva (mais de duas pessoas na mesma relação), a monoparental (um dos pais e seus descendentes), a parental ou anaparental (composta por irmãos), a composta, pluriparental ou mosaico (um ou ambos integrantes do casal tem filhos provenientes de outra união), a natural, extensa ou ampliada (pais e seus descendentes), a substituta (prevista no Estatuto da Criança e Adolescente), e a eudemonista (que visa a emancipação de seus membros) (2013).

Houve, é claro, um significativo aumento de formações familiares diferentes, mas não porque as pessoas não tinham interesse, mas porque hoje, como a legislação tem amadurecido com o tempo, há mais liberdade aos indivíduos de procurarem no próximo a sua felicidade, sem precisar estar submetido a uma regra imposta pela parcela maior da sociedade.

Historicamente, a família sempre esteve ligada à ideia de instituição sacralizada e indissolúvel. A ideologia patriarcal somente reconhecia a família matrimonializada, hierarquizada, patrimonializada e heterossexual, atendendo à moral conservadora de outra época, há muito superada pelo tempo. Com o patriarcalismo principiou a asfixia do afeto. O afastamento do Estado em relação à igreja revolucionou os costumes e especialmente os princípios que regem o direito das famílias, provocando profundas mudanças no próprio conceito de família. Sobreveio o pluralismo das entidades familiares, escapando às normatizações existentes (DIAS, 2013, p. 76).

Durante o século XX com as mais variadas transformações, se possibilitou a emergência de diversas formas de relacionamentos entre as pessoas. Isso ocorreu haja vista que se passou a dar mais importância à subjetividade, colocando tal valor, inclusive, acima de outros valores, permitindo às pessoas a busca pela sua realização pessoal, livremente. Desta feita, passou a ser efetivo o exercício das escolhas privadas, conferindo maior liberdade aos indivíduos de diversas espécies de relacionamentos. A partir disso, enxerga-se a família de outra maneira, modificando o seu enfoque de instituição (família) para o indivíduo (pessoa) (CALDERÓN, 2013).

Mas hoje, quando se trata de formar uma família, ou iniciar uma relação, o que coordena é o afeto, pois:

[...] se reconheceu que as relações familiares podem se configurar com diversos liames e não apenas com base em um ou outro modelo: laços biológicos, afetivos, registrais, jurídicos e matrimoniais desfilam lado a lado na multicolorida sociedade do novo milênio. A afetividade passa a ser elemento presente em diversas relações familiares contemporâneas, sendo cada vez mais percebida tanto pelo direito como pelas outras ciências humanas. Mesmo sem regulação expressa, a sociedade adotou o vínculo afetivo como relevante no trato relativo aos relacionamentos familiares (CALDERÓN, 2013, p. 11).

Inclusive, hoje as famílias não têm caráter perpétuo (até a morte), pois o objetivo da união entre as pessoas tem cunho pessoal. Tem objetivo de buscar a felicidade; buscar uma companhia; não buscar, por exemplo, satisfazer os anseios dos pais, da igreja, etc. E se tal união não encontrar as metas iniciais, ela será rompida com a intenção de buscar o almejado em outra pessoa.

Hoje, a família pós-moderna nega esse modelo único. A emancipação do homem permitiu a reflexão quanto às suas escolhas individuais, esboçando a formação de novos grupos familiares, tudo em função do alcance da plena felicidade. Nesse sentido, as novas configurações familiares prezam os laços culturais e os afetivos, não preservando, por exclusividade, os laços biológicos e os sexuais (ALMEIDA, 2011, p. 36).

Ocorre que o Direito de Família, dentre os outros ramos do Direito, é o mais influenciado por questões morais, religiosas e conservadoras, de modo que o parlamentar, que deveria pautar-se na Constituição que é o “norte” legislativo – ou, ao menos, deveria ser – assume o papel de ditar como as pessoas devem agir,

mesmo nas suas relações mais íntimas, e que dizem respeito a algo incontrollável – o desejo (DIAS, 2013). E isso não é novidade. Como bem lembra Maria Berenice Dias: “em nome da moral e dos bons costumes, a história do direito das famílias é uma história de exclusões [...] e em nome dessa moral, muita injustiça se fez” (2013, p. 77). E é um pesar que continue fazendo.

Inclusive, há uma explicação de como o Estado, que deveria proteger os direitos das pessoas, acaba por limitar tais garantias:

O Estado elege um modelo de família e o consagra como única forma aceitável de convívio. A lei, através de comandos intimidatórios e punitivos, busca estabelecer paradigmas comportamentais por meio de normas cogentes e imperativas, na esperança de gerar comportamentos alinhados com o padrão moral majoritário. Na tentativa de desestimular atitudes que se afastem do parâmetro reconhecido como aceitável, nega-se juridicidade a quem afronta o normatizado. Mas com essa postura negam-se não só direitos – nega-se a existência de fatos. Tudo que surge à margem do modelo posto como correto não merece regulamentação. A desobediência é condenada à invisibilidade. O transgressor é punido com a negativa de inserção no âmbito do sistema jurídico. Mas situações reais não desaparecem simplesmente porque o legislador não as regulamenta, e a única consequência é a exclusão de direitos (DIAS, 2013, p. 76).

Mas hoje vemos um andar, mesmo que vagaroso, em direção à evolução da proteção dos direitos individuais, tendo em vista os Tratados Internacionais em que o Brasil é signatário, o próprio texto constitucional, etc. A Constituição consagra em seu texto a possibilidade de novos modelos familiares, permitindo, destarte, famílias não conhecidas ainda pelo direito civil legalizado (ALMEIDA, 2011, p 37).

Bem como em qualquer área do direito, a família, que é constitucionalmente tutelada, consoante artigo 226 da Constituição Federal do Brasil, não é de fácil conceituação, tendo em vista a sua evolução no tempo, e sua mudança significativa. Tal mudança se deu de forma a aumentar o rol de arranjos familiares. Alguns fatos determinantes dessa evolução foram o ingresso feminino no mercado de trabalho e o distanciamento entre Estado e Igreja, do que resultou uma sociedade mais tolerante, onde as pessoas não se prendem a preconceitos e podem viver suas vidas em busca de felicidade (DIAS, 2013).

Agora – e pela vez primeira – a lei define a família atendendo a seu perfil contemporâneo. A Lei Maria da Penha (L 11.340/06), que busca coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, identifica como família qualquer relação de afeto (LMP 5.º III). Com isso, não mais se pode limitar o conceito de entidade familiar ao rol constitucional. Lei nova alargou seu conceito. E não se diga que este conceito serve tão só para definir a violência como doméstica. Ainda que este seja o seu objetivo, acabou por estabelecer os contornos de seu âmbito de abrangência (DIAS, 2013, p. 42).

Ou seja, a Lei Maria da Penha tem sua função legal e extralegal, sendo esta última, muito importante para a conceituação de família, que é o nosso objetivo por ora. A mesma autora informa que:

É necessário ter uma **visão pluralista** da família, abrigando os mais diversos arranjos familiares, devendo-se buscar o elemento que permite enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que têm origem em um elo de afetividade, independentemente de sua conformação. O desafio dos dias de hoje é achar o toque identificador das estruturas interpessoais que autorize nominá-la como família. Esse referencial só pode ser identificado no vínculo que une seus integrantes. É o envolvimento emocional que leva a subtrair um relacionamento do **direito obrigacional** – cujo núcleo é a vontade – para inseri-lo no direito das famílias, que tem como elemento estruturante o sentimento do amor que funde as almas e confunde patrimônios, gera responsabilidades e comprometimentos mútuos. Esse é o divisor entre direito obrigacional e o familiar: os negócios têm por substrato exclusivamente a **vontade**, enquanto o traço diferenciador do direito de família é o **afeto**. A família é um grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade após o desaparecimento da família patriarcal, que desempenhava funções procriativas, econômicas, religiosas e políticas (DIAS, 2013, p. 42, grifos da autora).

Ou seja, o objetivo do ser humano ao iniciar uma relação com outro é o sentimento, o desejo de realização pessoal, de vida em comum, de união, independente de patrimônio (mesmo que a confusão de patrimônio possa ocorrer em dado momento). E, como bem sabido, o direito não deve limitar a dignidade da pessoa humana, posto que é princípio basilar de todo o ordenamento jurídico brasileiro. Não só no direito de família tal princípio vigora, bem como todos os outros ramos do direito esbarram-se com tal norma.

Mesmo não havendo norma positivada no ordenamento jurídico brasileiro sobre a afetividade, encontra-se doutrina e jurisprudência sobre o tem, pois se tem notado que é esta (afetividade), e não qualquer outro fator (patrimônio, interesse, religião, etc) que determina a relação entre as pessoas, como se vê:

Nesse quadro de relacionamentos democráticos aflora a livre opção pessoal como critério preponderante para decidir sobre o início e a continuidade de uma relação baseada em critérios subjetivos, de interesse do indivíduo, não mais atrelada a questões econômicas ou patrimoniais. Tal ordem de ideias envolve a transferência para a esfera privada de tarefas que anteriormente eram deixadas a cargo da esfera pública (CALDERÓN, 2013, p. 37).

O crescimento das formas de estrutura das famílias, que hoje é possível observar, se deu, dentre outros fatores, devido a emergência da condição feminina, sua inserção e destaque no mercado de trabalho, da divisão laboral entre homens e mulheres, das novas e variadas formas de reprodução humana, que fizeram necessário uma reflexão sobre a função do instituto familiar (ALMEIDA, 2011).

Entretanto, mesmo tendo, a família, ganhado variadas formas de estrutura, o núcleo da mesma não tem sofrido grandes mudanças, como explica Calderón:

O que se repara é que a família do novo milênio possui outras características e outras funções, mas segue persistindo como relevante agrupamento de pessoas unidas por laços afetivos, biológicos, culturais, registrais ou matrimoniais. Daí por que não há risco de extinção da família (como se chegou a alardear), mas apenas novos paradigmas estão a balizar a forma de expressão também dos relacionamentos familiares (CALDERÓN, 2013, p. 41).

E é previsível que as relações humanas continuarão em desenvolvimento, impondo, ao Direito, desafios ainda inimagináveis, de modo que a Constituição Federal, por meio de seus princípios, fundamentos, objetivos e regras, deverá fazer o papel de bússola nesse contexto, para as presentes e futuras necessidades sociais (CALDERÓN, 2013).

Há também, no plano internacional, proteção específica à família. Por exemplo, a Declaração Universal de Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário, prevê expressamente essa tutela, como se vê:

Artigo 16. 1. Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. **Gozam de iguais direitos em relação ao casamento**, sua duração e sua dissolução. 2. O casamento não será válido senão com o livre e pleno consentimento dos nubentes. 3. **A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado** (BRASIL, 2015e, grifo nosso).

Além da Declaração de Direitos Humanos, que foi e continua sendo importante aliada à proteção dos direitos das pessoas no mundo todo, o Brasil é signatário, desde 1992 (através do Decreto 678) do Pacto de São José da Costa Rica, que também estabelece a família como entidade que merece respaldo Estatal e social, conforme seu artigo 17:

Artigo 17. 1. A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e **deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado**. 2. É reconhecido o direito do homem e da mulher de contraírem casamento e de fundarem uma família, se tiverem a idade e as condições para isso exigidas pelas leis internas, na medida em que não afetem estas o princípio da não discriminação estabelecido nesta Convenção (BRASIL, 2015a, grifo nosso).

Logo, percebe-se que a família realmente é vista com relevância pelos institutos internacionais, e que o Brasil reconhece tal importância.

4.3 POSSÍVEIS SOLUÇÕES À LACUNA JURÍDICA QUANTO A EXTENSÃO DE LICENÇA MATERNIDADE AO CASAL DE HOMENS ADOTANTE

Como se percebe com o desenvolvimento do presente trabalho, há uma necessidade social na questão de não haver direito expreso sobre licença maternidade em caso de adoção por casal homoafetivo. Sabe-se que a humanidade sempre está em evolução e não há por que insistirmos em ficarmos estagnados. Há, portanto, uma necessidade de evolução das normas brasileiras, de modo que o Estado interfira o mínimo possível na vida privada das pessoas, ou se interferindo, não restrinja os direitos dos indivíduos. Até mesmo porque vivemos num país liberal, em que rege o princípio da não intervenção (conforme artigo 4º da Constituição Federal).

Sabendo que é a lei deriva dos fatos sociais, e não o contrário, uma possível solução é a criação da norma específica para o caso. E é visível aqui mesmo, no Brasil, onde o salário maternidade é devido ao adotante, segurado ou segurada, ou seja, pode ser concedido a qualquer um do casal, desde que ambos sejam segurados da Previdência Social, mas, será deferida, apenas, a um dos integrantes do casal do processo de adoção. Referido texto se encontra no artigo 71-A, §2º da Lei 8213/1991, já mencionado anteriormente. Em letra:

71-A. Ao segurado ou segurada da Previdência Social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança é devido salário-maternidade pelo período de 120 (cento e vinte) dias.

[...]

§2º Ressalvado o pagamento do salário-maternidade à mãe biológica e o disposto no art. 71-B, não poderá ser concedido o benefício a mais de um segurado, decorrente do mesmo processo de adoção ou guarda, ainda que os cônjuges ou companheiros estejam submetidos a Regime Próprio de Previdência Social (BRASIL, 2014e).

Tal dispositivo não é eivado de discriminação, não impõe quem do casal vai receber o benefício, e nem que o casal deve ser formado por um homem e uma mulher. Tal norma abre as portas das possibilidades aos homens em união homoafetiva que desejarem adotar uma criança. Ou seja, poderia, através de lei federal, alterar a norma a respeito de licença maternidade para quem adota, simplesmente conferindo o direito ao empregado ou empregada, independente de estado civil ou orientação sexual.

Tal possibilidade poderia servir de solução, inclusive, para casais heteroafetivos, mas que prefiram que o homem fique cuidando da criança adotada nos primeiros meses de vida. Essa seria uma grande saída, pois beneficiaria a população no todo; conferiria mais liberdade ao casal (seja heteroafetivo ou homoafetivo) em escolher quem seria o beneficiário da licença e salário para lidar com os “primeiros passos” da criança no novo ambiente familiar.

Ou então, outra possibilidade que poderia resolver os casos de maneira mais célere seria a existência de uma norma coletiva (acordo ou convenção coletiva) (BARBUGIANI, 2013). Tais normas são reconhecidas juridicamente pelo ordenamento jurídico brasileiro, como normas capazes de criar direito e obrigações, desde que dentro, é claro, dos princípios e normas de direito já criadas. Além disso, as normas coletivas de trabalho são fontes do Direito do Trabalho (MARTINS, 2014, p. 28). Nas palavras de Sussekind:

Aos instrumentos da negociação coletiva, e em caso de malogro desta, à sentença normativa da Justiça do Trabalho, cumpre, portanto, no Brasil, complementar ou suplementar o sistema legal. E, nessa atuação normativa, deverão observar os princípios gerais de direito, especialmente os de Direito do Trabalho, e obviamente, sem afrontar as normas legais aplicáveis (2010, p. 447).

O reconhecimento da força normativa de tais instrumentos é encontrado no texto constitucional e legal, consoante exegese do artigo 7º, XXVI da Constituição Federal de 1988 e artigo 611, “*caput*” da Consolidação das Leis Trabalhistas:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;
(BRASIL, 2014a).

Art. 611 - Convenção Coletiva de Trabalho é o acôrdo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais Sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho (BRASIL, 2014d).

No Brasil é muito comum a existência de negociação coletiva, tendo em vista que é um país que concede espaço para que tais negociações complementem o sistema normativo existente (SUSSEKIND, 2010). Ainda, é um país que admite a flexibilização do direito trabalhista, isto é, que admite que as relações de trabalho sejam norteadas por normas que não estejam em leis propriamente ditas.

Hoje, a maior ou menor intervenção do Estado nas relações de trabalho depende não apenas do sistema econômico adotado pelo respectivo regime jurídico-político, mas também da **possibilidade real de os sindicatos, por meio dos instrumentos da negociação coletiva, conseguirem a estipulação de condições adequadas de trabalho ou a complementação da base mínima fixada por lei** (SUSSEKIND, 2010, p. 76, grifo nosso).

Cabe aqui ressaltar a diferença de convenção coletiva e acordo coletivo, pois a primeira é um pacto entre dois ou mais sindicatos acerca de direitos do trabalho, enquanto o segundo é um pacto entre uma ou mais empresas e o sindicato de determinada categoria profissional (MARTINS, 2014).

Caso houvesse, de fato, um acordo ou uma convenção coletiva sobre o assunto, este seria reconhecido, já que aumentaria os direitos dos empregados, não violando normas trabalhistas, nem a Constituição Federal, tampouco os tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário.

Entretanto, a Lei 12.873, de 2013 que alterou o texto da Lei 8.213, de 1991, já deixou expresso que, independentemente do estado civil do adotante, será garantido o direito de salário-maternidade.

Outra possibilidade de resolução seria os juízes aplicarem o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (já mencionado anteriormente), aplicando os princípios que norteiam o ordenamento jurídico, em suas várias esferas, como por exemplo, o princípio da igualdade, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, o princípio da condição mais benéfica ao empregado, entre outros. De forma que, quando na aplicação do direito em casos concretos, atribuisse, de fato, os direitos das uniões heteroafetivas às uniões homoafetivas, concedendo, por consequência, a licença maternidade a quem realmente deseja ficar com a criança, cuidando dela, ajudando-a a se integrar ao ambiente familiar. Independente, inclusive, se a chegada da criança for ou não através de adoção, pois isso faria com que, ainda, diminuísse o preconceito do trabalho da mulher. "Contudo, em nosso país, ainda existe resistência na concessão de licenças ao pai adotivo relacionadas à proteção da maternidade" (BARBUGIANI, 2013, p. 230).

É uma questão muito maior do apenas conferir direitos aos casais homoafetivos. Trata-se de aumentar, significativamente, as chances das crianças que estão em lares do Estado ou em lares provisórios de ganharem uma família, um lar, enfim, de ganharem amor. E sendo as crianças tuteladas com prioridade pela Constituição Federal, é por elas que a legislação infraconstitucional também deve prezar, sem se ater a preconceitos, que injustificadamente, são levados em conta na hora da criação e aplicação da lei. Em outras palavras:

Sendo assim, por mais que haja o silêncio dos legisladores quando a criação de leis que possam regularizar este estado de fato dos casais homossexuais, o juiz com toda a sua autonomia, seria bem justo ao decidir de conformidade com o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (LOPES, 2012, p. 13).

Outra opção seria o ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (Lei 9868/1999). Tal ação serve para as situações em que existe uma inconstitucionalidade devido a não atuação do Poder Legislativo (ou Executivo, conforme o caso). É o caso dos casais em análise no presente trabalho, tendo em vista o fato de que existe na constituição o direito a formar família, mas, que, como não há regulamentação específica para a licença maternidade para esses casais, é possível que se ajuíze tal demanda, a fim de provocar o Poder Legislativo para

informar que o mesmo está inerte perante a situação fática. Essa via não é a mais eficaz para os casais que precisam de da licença, mas, é um meio de deixar claro aos legisladores que existe a necessidade de regulamentação da matéria.

Assim sendo, conclui-se que se faz nítido o fato de que o Poder Legislativo Brasileiro viria a calhar caso suprisse essa lacuna legal tão expressiva, porquanto o Brasil vai andando em direção à formação de núcleos familiares diversos do que fora considerado comum há algum tempo.

5 CONCLUSÃO

Com o decorrer deste trabalho, foi possível observar que a República Federativa do Brasil, em seu texto constitucional, abole todos os tipos de discriminação. Além disso, impõe proteção à maternidade, à família, às crianças.

Ainda, foi possível perceber que, mesmo o texto constitucional - que é a base do ordenamento jurídico brasileiro, e donde deriva todas as outras normas, e que estas são diretamente subordinadas àquela – prever como garantia individual o direito a instituir família, a igualdade, a liberdade, a dignidade da pessoa humana, etc., ainda nos deparamos com a exclusão de parte minoritária da sociedade de exercer direitos relacionados, exatamente, com isso. E isso acontece sem fundamento, apenas calcado no preconceito.

Mostramos que os benefícios de licença e salário maternidade, apesar de serem diretamente gozados pelo empregado ou empregada, visam proteger a criança. Que mesmo sendo direitos dos trabalhadores com carteira assinada, quem efetivamente é beneficiado é a criança, que tem à sua disposição um pai ou uma mãe, que estará ali por algum período de tempo, de maneira integral, enquanto durar o benefício, para lhe ajudar a se inserir no ambiente familiar.

A conclusão deste trabalho é que no Brasil se pratica a inconstitucionalidade material o tempo todo nos casos em análise, pois ao denegar o pedido de licença maternidade ao homem adotante em união homoafetiva, se afeta diretamente vários direitos individuais elencados no texto constitucional, como os já citados direito de igualdade, de liberdade, de instituir família, de dignidade humana, etc. Além dos direitos voltados à criança, como o princípio da prioridade absoluta, da responsabilidade tríplice, do melhor interesse da criança e do adolescente, do direito fundamental de ter uma família.

A questão fundamental é que o processo para adoção, seus requisitos, suas restrições, são todos voltados para a efetiva proteção à criança ou adolescente que será adotado. Isso se dá em sintonia com a Constituição Federal, pois esta deixa bem clara a importância que dá às crianças e ao dever do Estado, da sociedade e da família de protegê-las.

Denegar o benefício de licença maternidade ao homem que adotar uma criança, somente pelo fato de que esse homem vive uma relação com outro homem é tremenda injustiça. É, como já dito, flagrante inconstitucionalidade. É deixar falar mais alto a ignorância e o preconceito, e deixar que se oprimam as pessoas que vivem em situação de minoria no Brasil.

Tanto a Constituição Federal Brasileira quanto a Legislação infraconstitucional não determinam, claramente, a restrição de licença maternidade a um homem que adota. Entretanto, ao aplicar a lei, faz-se uma interpretação restritiva das normas. Entretanto, é bem sabido que o texto constitucional deve ser interpretado de forma ampliativa, para que se evite ao máximo de restringir direitos individuais. Quanto à lei, como mencionado no decorrer desse trabalho, não há vedação expressa à extensão, mas há expressa concessão da licença maternidade somente à empregada (leia-se mulher).

Enfim, o legislador brasileiro vem dando curtos passos em direção à evolução. Mas, é fácil perceber que dia-a-dia estamos mais próximos de garantir os direitos dos casais homoafetivos da mesma maneira como dos casais heteroafetivos. Por exemplo, o casamento homoafetivo é permitido nos dias atuais (não era, mesmo com todas as abrangências constitucionais). Espera-se, portanto, uma atuação breve do Poder Legislativo Brasileiro, de modo a sanar de vez essa ferida que é o preconceito, concedendo de maneira expressa a licença maternidade ao casal de homens em união homoafetiva que adotar uma criança.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Maurício Ribeiro. As necessidades das crianças abrigadas e os interesses dos candidatos à adoção: caminhos que não se encontram. **Revista Científica Eletrônica de Psicologia**. [Bauru-SP]: n. 2, maio 2004. Disponível em: <http://faef.revista.inf.br/imagens_arquivos/arquivos_destaque/RxLuignpNg74A2A_2013-4-30-11-52-21.pdf>. Acesso em 01 jun. 2014.
- ALMEIDA, Patrícia Silva de. **As relações homoafetivas e possibilidade jurídica da adoção no direito brasileiro**. Porto Alegre, RS: EdiPUCRS, 2011. 1ª ed.
- BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani. A licença-maternidade como dever na sociedade contemporânea: uma concepção evolucionista. **Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária**, São Paulo, v. 24, n. 291, p. 223-236, set. 2013.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (Org.). **Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Brasília, DF: IDP, 2013. 1ª Ed.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 set. 2014a.
- _____. Lei nº 8069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 31 ago. 2014b.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 e Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF, 05 de maio de 2011. **Diário Oficial da União**. Brasília. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adi4277cl.pdf>>. Acesso em: 13 abr. 2014c.
- _____. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. **Consolidação das Leis Trabalhistas**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em 13 abr. 2014d.
- _____. Lei 8213, de 24 de julho de 1991. **Lei Previdenciária**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em 13 abr. 2014e.
- _____. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. **Vade Mecum**. 6. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2015a. p. 1648-1657.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4277, Ação Direta de Inconstitucionalidade. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Relator: Ayres Britto. Brasília, DF, 04 de maio de 2011. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 14 out. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADI&s1=4277&processo=4277>>. Acesso em: 30 abr. 2015b.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 132, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Intimados: Governador do Estado do Rio de Janeiro, Tribunais de Justiça dos Estados, Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ayres Britto. Brasília, DF, 04 de maio de 2011. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 14 out. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADI&s1=4277&processo=4277>>. Acesso em: 30 abr. 2015c.

_____. Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013. **Enunciado Administrativo Nº 14**. Brasília, DF, 14 maio 2013. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolucao_n_175.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2015d.

_____. Tratado Internacional, Resolução da Assembléia Geral das Nações Unidas nº 217, de 10 de dezembro de 1948. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris, Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 01 maio 2015e.

_____. Decreto-Lei Nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm. Acesso em 23 maio 2015f.

_____. Lei 5869 de 1973 (Código de Processo Civil). **Vade Mecum**. 6. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2015g.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. 438 p.

CUSTÓDIO, Jacqueline. L. et al. Homoparentalidade: um direito em construção. Revista Espaço Jurídico, Joaçaba, SC, p.91-100, jan./jun. 2012. Semestral. CD-ROM.

DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva: o preconceito & a justiça**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009a. 320p.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. rev., atual e ampl São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009b. 608 p.

DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2011. 571 p.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed., rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 717 p.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. 13 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1995. 215 p.

FARIAS, L. et al. Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. L. et al. **Curso de direito civil, volume 6: direito das famílias**. 6.ed., rev., ampl. e atual. Salvador, BA: JusPodivm, 2014. 968 p.

FOGAL, Simone Siqueira, DAGNONI, Janine Marinho. O perfil da criança ou do adolescente adotado por residentes na Comarca de Muriaé, MG, e o princípio do melhor interesse infanto-adolescente. **Revista Jurídica FAMINAS**. [Minas Gerais]: vol. 3, n. 2. Disponível em: http://www.faminas.edu.br/upload/downloads/20130318124917_367798.pdf. Acesso em 01.06.2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: Direito de Família. As famílias em perspectiva constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 6 v. 773 p.

GUELFY, Glacy Kelly Pinheiro. **A adoção na relação homoafetiva**. 2011. 26 p. Monografia (Especialização) - Curso de Psicologia Jurídica, Universidade Cândido Mendes - Faculdade Integrada Avm, Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/K217987.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2014.

LIMA, Ana Cristina Quint de; ROSA, Conrado Paulino da; FREITAS, Douglas Phillips. L. et al. **Adoção por casal homoafetivo: De acordo com as decisões do STF, de 5/5/2011 e do STJ de 26/10/2011**. Florianópolis: Voxlegem, 2012. 167 p.

LOPES, Leonardo Luís Vaz Lopes. **A União Homoafetiva no Processo Civil**. 2012. 31 p. Monografia (Especialização) - Curso de Processo Civil, Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/K222474.pdf>. Acesso em: 23 maio 2015.

MAIA, Vanessa Pinto. Adoção por casais homoafetivos e a quebra dos paradigmas sociais: um avanço necessário. 1. ed. rev. **Revista FIDES**, Natal, v. 3, n. 1, jan./jun. 2012.

MARTINS, Sergio Pinto. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo, SP: Atlas, 2014. 305 p.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil 2: direito da família**. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v.2.

NAHAS, Luciana Faísca. **União homossexual: proteção constitucional**. Curitiba, PR: Juruá, 2008. 153 p.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 302 p.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 302 p.

PEREIRA, Tânia da Silva. L. et al. **Direito da criança e do adolescente: Uma proposta interdisciplinar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. 1100 p.

PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 591p.

PINHEIRO, Luana; GALIZA, Marcelo; FONTOURA, Natália. Novos arranjos familiares, velhas convenções sociais de gênero: a licença-parental como política pública para lidar com essas tensões. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, SC, p.851-859, set./dez. 2009. Trimestral. CD-ROM.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 656 p.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 8. ed., rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011. 946 p.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família: lei nº 10.406, de 10.01.2002**. 7. ed. rev. e atual Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. **A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais**. 2. ed. rev. e atual Curitiba, PR: Juruá, 2006. 175 p.

SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. **União homossexual: do preconceito ao reconhecimento jurídico**. Revista Jurídica Diké. Universidade Estadual de Santa Cruz. Ilhéus/BA: Editus, 2001.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito constitucional do trabalho**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. 542 p.